This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

L. WOLOWSKI
Député à l'Assemblée nationale,
Membre de l'Institut,

PAUL PONT
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut,

FAUSTIN HÉLIE
Président à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC
Président de section au Conseil d'État.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit,
Membre de l'Institut.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
Député à l'Assemblée nationale

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris,
Député à l'Assemblée nationale.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Serrigny, doyen de la Faculté de droit de Dijon; **Jalabert**, doyen de la Faculté de droit de Nancy;
Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Ed. Laferrière, maître des requêtes au Conseil d'État; **G. Debacq**, avocat à la Cour d'appel de Paris.

ET DE MM.

Ernest Dubois, profess. à la Faculté de droit de Nancy; **Lyon-Caen** et **Cauwès**, profess. agrégés à la même Faculté, pour les travaux critiques et bibliographiques sur les législations étrangères.

XXIe ANNÉE.

Nouvelle série. — TOME Ier.

PARIS

COTILLON ET FILS, ÉDITEURS, LIBRAIRES DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot. 24.

1871 — 1872

Digitized by Google

Jur. is. 152 hc
Revue
(NS, 1

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

347 H

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMERIE CUSSET ET Cie, 26, RUE RACINE.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

L. WOLOWSKI
Député à l'Assemblée nationale.
Membre de l'Institut,

PAUL PONT
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

FAUSTIN HÉLIE
Président à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC
Président de section au Conseil d'État.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit,
Membre de l'Institut.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
Député à l'Assemblée nationale.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris,
Député à l'Assemblée nationale.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Serrigny, doyen de la Faculté de droit de Dijon; **Jalabert**, doyen de la Faculté de droit de Nancy;
Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Ed. Laferrière, maître des requêtes au Conseil d'État; **G. Debacq**, avocat à la Cour d'appel de Paris.

ET DE MM.

Ernest Dubois, profess. à la Faculté de droit de Nancy; **Lyon-Caen** et **Cauwès**, profess. agrégés à la même Faculté, pour les travaux critiques et bibliographiques sur les législations étrangères.

XXIe ANNÉE.

Nouvelle série. — TOME Ier.

PARIS

COTILLON ET FILS, ÉDITEURS, LIBRAIRES DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot. 24.

1871—1872

Digitized by Google

BIBLIOTECA
PUBLICA
MONACENSIS

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

AVERTISSEMENT.

Nous reprenons la publication de la *Revue critique de législation et de jurisprudence.* Les événements qui nous ont forcés à interrompre nos travaux nous ont aussi conduits à modifier et la rédaction et les conditions matérielles. Aussi, pour bien marquer la différence entre la période qui finit au 31 décembre 1870 et celle où nous allons entrer, avons-nous ouvert une nouvelle série qui, tout en faisant suite à la première, s'en distinguera sensiblement.

Ainsi que l'indique son titre, la *Revue* a été formée par la fusion de deux recueils, celui que M. Wolowski avait fondé sous le titre de *Revue de législation*, et un autre, qui était dû à l'initiative de M. Marcadé, sous le nom de *Revue critique de jurisprudence.* Le premier était plus particulièrement destiné aux questions de législation, de droit comparé et de philosophie du droit; le second s'occupait surtout de l'examen des arrêts sur les questions qui, dans la pratique, appelaient par leur importance ou leur nouveauté l'attention des jurisconsultes. Jamais, depuis cette fusion, nous n'avons abandonné ni l'un ni l'autre de ces deux points de vue. Mais la rédaction n'est plus dans des cir-

Digitized by Google

constances semblables à celles où elle s'est trouvée pendant les vingt dernières années. Tout est aujourd'hui remis en question; il n'est pas une matière sur laquelle ne s'exerce l'esprit d'innovation, et les propositions se pressent nombreuses à la tribune et dans les commissions de l'Assemblée nationale. Tandis qu'avant la guerre de 1870, les questions naissaient à des intervalles éloignés, nous les voyons aujourd'hui paraître toutes à la fois. Il faut que notre publication tienne les lecteurs au courant de ces débats, ou même qu'elle les devance, afin de donner un concours utile à la solution des problèmes. Sans négliger la critique de la jurisprudence, nous donnerons à l'étude de la législation une étendue qui est commandée par les circonstances.

Afin de mieux éclairer les questions de législation, nous ferons revivre la partie du droit comparé qui, dans ces dernières années, avait été trop négligée, et chaque numéro contiendra un examen des travaux publiés à l'étranger. Trois nouveaux collaborateurs, appartenant tous à la Faculté de droit de Nancy, ont bien voulu se partager cette tâche intéressante, et la place distinguée qu'ils occupent dans l'enseignement nous donne l'assurance que cette partie sera faite de manière à satisfaire nos lecteurs. M. Ernest Dubois, professeur de droit romain à la Faculté de Nancy, nous entretiendra de ce qui se fait en Italie, cette terre classique de la législation, où la glorieuse tradition des jurisconsultes romains est encore vivante, et où les Universités célèbres de Pise, de Bologne et de Naples, n'ont pas cessé d'entretenir une activité féconde. Nous ne savons pas assez en France ce qui se passe dans ces grandes villes universitaires, et il est bon qu'on nous l'apprenne, pour te-

Digitized by Google

nir en éveil notre émulation, qui depuis trop longtemps s'est endormie dans une funeste confiance. M. Lyon-Caen, professeur agrégé à la même Faculté, nous tiendra au courant des travaux publiés en Allemagne et des innovations qui seront faites à la législation des différents États. Il s'en faut de beaucoup, assurément, que les Allemands aient l'originalité et l'éclat du génie italien, mais ils ont une patience et une puissance de travail qu'on ne trouve au même degré chez aucun autre peuple. Ils ont réalisé cette définition qui, au lieu de faire du génie une qualité native, en fait une *longue patience*. Si les ouvrages qui se publient dans ce pays ne se font pas remarquer par la beauté de la forme, ils ont le mérite d'être écrits après une étude approfondie de la matière qui en est l'objet, et de servir comme des enquêtes sûres et complètes sur les questions dont ils traitent. Le livre n'est pas élaboré jusqu'à la perfection, mais les recherches peuvent être considérées comme achevées. Ces considérations nous montrent quelle utilité il y a à suivre le mouvement juridique en Allemagne et quelle importance aura le compte rendu de M. Lyon-Caen. Un autre professeur agrégé à la Faculté de Nancy, M. Cauwès, fera un travail analogue sur les publications juridiques et la législation en Angleterre.

Aux noms de MM. Dubois, Lyon-Caen et Cauwès nous n'ajouterons que ceux des auxiliaires effectifs. Beaucoup des collaborateurs qui autrefois avaient patronné la *Revue* ou l'avaient soutenue de leurs travaux nous ont abandonnés depuis longtemps, les uns emportés par une fin prématurée, les autres assujettis, par les fonctions auxquelles ils ont été appelés, à des devoirs qui ne leur permettent plus

Digitized by Google

de faire des études théoriques. Quelque honorable que soit pour la *Revue* le souvenir de leurs noms, nous ne les conserverons pas, ne voulant annoncer à nos lecteurs que les travaux de ceux qui nous ont promis un concours réel. M. Serrigny, doyen de la Faculté de droit de Dijon, continuera à nous donner des travaux sur les questions de droit administratif et particulièrement sur le contentieux administratif. M. Jalabert, doyen de la Faculté de droit de Nancy et M. G. Demante, professeur à la Faculté de Paris, s'occuperont plus particulièrement des questions de droit civil. M. Édouard Laferrière, maître des requêtes, traitera surtout des questions de législation. Au reste la liste n'est pas close et nous la compléterons à mesure que de nouveaux écrivains s'offriront pour nous prêter un concours régulier et durable.

Plusieurs autres collaborateurs, et particulièrement M. Debacq, rendront compte des ouvrages que leurs auteurs feront parvenir an bureau de la *Revue*.

Notre comité de direction a perdu un de ses membres les plus distingués, M. le président Bonjean, dont la fin tragique a soulevé l'indignation générale en Europe. Les circonstances qui ont accompagné sa mort sont dans toutes les mémoires. Les lettres qu'il a écrites de sa prison sont l'œuvre d'un esprit élevé et l'inspiration d'un grand cœur. Elles font connaître tout entier ce magistrat courageux dont la vie avait été souvent discutée par les hommes de parti, mais dont la fin a provoqué un deuil général et une admiration unanime.

Pour remplacer un tel collègue nous avons appelé un successeur que M. Bonjean honorait de son estime et de son amitié, M. Léon Aucoc, conseiller d'État. C'est un nom auquel nos lecteurs sont habitués; car M. Aucoc

Digitized by Google

nous envoyait souvent des travaux excellents, toujours dignes de l'auteur du *Traité des sections de commune*. Ceux qui ont lu cet ouvrage savent comment un sujet, pour si restreint qu'il soit, peut être fécondé et agrandi par le travail et l'esprit d'investigation. M. Léon Aucoc nous prêtera un concours d'autant plus utile que désormais il sera associé à la direction de la *Revue*.

Nous avons aussi modifié les conditions matérielles de la *Revue* et, dans un temps où les dépenses augmentent, où les frais de toutes les entreprises s'élèvent, nous avons réduit l'abonnement au lieu de le hausser. Cette diminution correspond à celle du nombre des feuilles. Chaque livraison n'aura plus que quatre feuilles, et l'année complète qui jusqu'à présent formait deux petits volumes de 480 pages chacun, n'en formera plus qu'un seul de 768 pages. En n'acceptant que des articles spécialement faits pour la *Revue* et d'une étendue proportionnée à l'espace dont nous pouvons disposer, en écartant surtout les mémoires qui empiètent sur une succession de numéros, nous sommes convaincus que ce volume suffira pour tenir nos lecteurs au courant du mouvement juridique qui se sera produit dans l'année en France et à l'étranger.

Nous espérons que notre bonne volonté sera soutenue par les encouragements de tous ceux qui s'intéressent aux études de droit, et que nous parviendrons à relever dans notre pays l'amour désintéressé de la science, noble sentiment qui a suscité tant de grands hommes et sans lequel il n'y a pas de progrès dans le développement intellectuel d'un pays.

A. BATBIE.

Digitized by Google

EXAMEN CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

en matière d'enregistrement.

Arrêts des 30 mai 1866 (aff. *Durand*), 20 décembre 1869 (aff. *Laplatte*); arrêt solennel du 12 mai 1870 (aff. *Durand*).

Par M. Serrigny, doyen de la Faculté de droit de Dijon.

Il n'y a point de matière de droit qui soit plus difficile et moins connue que celle de l'enregistrement. Magistrats, avocats, avoués sont habituellement étrangers à la connaissance des lois qui régissent ce genre d'impôt. En veut-on une preuve convaincante? Elle ressort du passage suivant du rapport du ministre de la justice sur l'administration de la justice civile et commerciale en 1868. A l'occasion de la statistique des arrêts rendus par la Cour de cassation en cette année-là, il dit : « Au point de vue des matières dans lesquelles ces arrêts (de cassation) sont intervenus, il en est de même (c'est-à-dire le nombre proportionnel des arrêts de cassation varie beaucoup). Tandis que les dispositions du Code Napoléon et du Code de commerce ne donnent lieu qu'à 11 cassations sur 100 arrêts définitifs, et celles du Code de procédure à 8 p. 100, les lois spéciales en donnent 26. Parmi celles-ci, les lois sur l'enregistrement et sur l'expropriation forcée pour cause d'utilité publique paraissent d'une application difficile, car le rapport des cassations aux arrêts définitifs est de 37 p. 100 pour les premières, et de 29 p. 100 pour les secondes. » (V. *Journal officiel*, numéro du 13 juin 1870, p. 989, col. 2, *in fine*.)

Cette proportion énorme, de 37 p. 100 ou plus du tiers de cassations sur le nombre des arrêts en matière d'enregistrement, n'est pas due seulement à la très-grande difficulté de cette branche spéciale de la législation; elle tient en partie à ce que l'appel n'est pas admis contre les jugements des tribunaux; ils ne peuvent être attaqués que par voie de cassation (L. 22 frimaire an VII, art. 65). Ils ne subissent donc pas, comme ceux rendus dans les matières civiles or-

Digitized by Google

dinaires, le contrôle des Cours d'appel, qui contribue à éliminer un certain nombre de décisions vicieuses. D'une autre part, la Cour de cassation plane de si haut sur les tribunaux de première iustance, qu'il est permis de supposer qu'elle ne se sent pas aussi vivement impressionnée par leurs jugements que par les arrêts des Cours d'appel. Toutefois, il faut rendre à ces tribunaux cette justice, qu'ils conservent devant un arrêt de cassation au moins autant d'indépendance que les Cours; car il n'y a point de matière dans laquelle il y ait autant de décisions solennelles de la Cour suprême que dans celles de l'enregistrement; ce qui prouve que les tribunaux inférieurs savent résister à un premier arrêt de cassation au moins aussi bien, si ce n'est mieux, que les Cours d'appel.

Enfin, il ne faut pas croire que toujours la bonne solution soit du côté des arrêts solennels de la Cour supérieure, dans des luttes qui s'élèvent entre elle et les tribunaux inférieurs sur les questions d'enregistrement. C'est, du moins, l'opinion que je me propose d'exprimer au sujet de plusieurs de ses arrêts.

La première décision que je vais examiner est un arrêt solennel tout récent (12 mai 1870, Sir.-Dev. 70, 1, 219). Voici la notice de cet arrêt, telle qu'elle est rapportée dans le recueil cité : « En cas d'adjudication sur licitation d'un im-
« meuble indivis prononcé au profit de l'un des héritiers, il
« est dû un droit proportionnel sur la partie du prix d'adju-
« dication excédant la portion virile du colicitant dans l'im-
« meuble adjugé, à moins que, par un partage antérieur et
« présenté simultanément à l'enregistrement, il n'y ait attri-
« bution différente du prix.

« Et pour que le partage antérieur soumis à l'enregistre-
« ment avec le procès-verbal d'adjudication ait l'effet d'af-
« franchir du droit de mutation la portion du prix excédant
« la part virile de l'adjudicataire, il faut que ce partage soit
« définitif et obligatoire pour toutes les parties; mais on ne
« saurait considérer comme tel un partage sujet à homologa-
« tion à raison de la minorité de quelques-uns des héritiers,
« et non encore homologué. » Cet arrêt solennel est conforme à un précédent arrêt de la même Cour du 20 décembre 1869 (Sir.-Dev. 1870, 1, 175), rendu entre d'autres parties.

Digitized by Google

Ma critique ne portera pas sur le premier point de la notice transcrite, lequel est conforme à une ancienne jurisprudence, que j'accepte. Elle ne portera que sur le second point, et elle s'adressera surtout aux principes exposés dans les conclusions de M. le procureur général, lesquels sont conformes aux motifs des deux arrêts cités et vont bien au delà de l'espèce soumise à la Cour de cassation. Ces doctrines me paraissent erronées au plus haut degré, et si on les laissait passer en silence, elles entraîneraient les conséquences les plus désastreuses dans la pratique. Les dispositions fiscales sur l'enregistrement sont bien assez sévères pour les contribuables, sans qu'il soit permis de les étendre outre mesure et de leur faire dire, afin d'accroître le produit des tarifs, tout le contraire de ce qui est dans le texte de la loi. Or c'est ce que font, à mon avis, et les conclusions de M. le procureur général, et les motifs de l'arrêt solennel précité. Je regrette beaucoup d'avoir à contester les doctrines de M. Paul Fabre; personne n'a plus que moi de sympathie pour sa personne, d'estime pour son talent, mais Horace l'a dit, *quandoque bonus dormitat Homerus;* et je suis, d'ailleurs, en cette circonstance comme dans tout le cours de ma vie, fidèle à la maxime *amicus Plato, sed magis amica veritas* [1].

Je me crois d'autant plus obligé d'exprimer mon opinion sur ces conclusions, que l'arrêtiste accompagne l'arrêt solennel de la note suivante : « Si le premier point est généralement admis, le second, au contraire, a été l'objet d'une vive controverse... L'arrêt solennel que nous recueillons ici avec les conclusions de M. le procureur général qui contiennent une lumineuse discussion de la difficulté, *est sans nul doute destiné à faire cesser cette controverse.* » On va voir, je l'espère, que rien n'est moins fondé qu'une pareille conjecture.

La loi du 22 frimaire an VII, article 68, § 3, n° 2, assujettit au droit fixe de 3 francs (élevé à 5 francs par la loi du 28 avril 1816, art. 45, n° 3) « les partages de biens meubles « et immeubles entre copropriétaires, à quelque titre que « ce soit, *pourvu qu'il en soit justifié.* »

[1] On voit que cette dissertation a été composée avant la mort du si regretté procureur général, M. Paul Fabre. Elle a été achevée pendant le bombardement de la ville de Dijon par les Badois, le 30 octobre 1870.

Digitized by Google

Quel est le sens de ces derniers mots *pourvu qu'il en soit justifié*, qui forment condition à l'exemption du droit proportionnel en faveur des actes de partage et leur procurent l'avantage de n'être soumis qu'au droit fixe ? Voici la réponse à cette question dans les conclusions de M. le procureur général : « A cette question, l'article 68 met une condition, à « savoir que, pour que le droit exceptionnel soit ramené au « droit fixe, IL FAUT QU'IL SOIT JUSTIFIÉ DU PARTAGE. A quel « moment? Évidemment, au moment où le droit proportion- « nel est dû et va être irrévocablement payé, c'est-à-dire dans « les vingt jours du jugement d'adjudication, et au moment « où ce jugement sera soumis à la formalité. »

Ce passage est le fondement de toutes les conclusions de M. le procureur général, et sa doctrine a été adoptée par les motifs de l'arrêt solennel en ces termes : « Que la condi- « tion expresse de cette perception (celle du simple droit « fixe sur le partage) est *qu'aux termes de la loi il soit justifié* « *du partage;* que, par conséquent, il soit produit un acte « définitif et obligatoire pour toutes les parties ; qu'en effet, « s'il n'a pas ce caractère, l'exemption du droit proportion- « nel, qui n'est attachée qu'aux partages réels, ne saurait être « étendue à un acte qui serait susceptible de modifications ; « que, dans l'espèce, etc. »

Ainsi, selon la doctrine du chef du parquet et de l'arrêt solennel de la Cour de cassation, les mots : *pourvu qu'il en soit justifié*, employés dans la loi de l'an VII, et répétés dans la loi du 28 avril 1816, signifient *pourvu qu'il soit justifié du partage.* Eh bien ! cette interprétation est, à mes yeux, et va être pour tout lecteur de cet écrit, une erreur manifeste, plus éclatante que la lumière du jour. Elle signifient selon moi : *pourvu qu'il soit justifié du titre* qui a engendré l'indivision et nécessité le partage.

La première explication est puérile : c'est, en effet, une puérilité que de faire dire au législateur qu'un acte de partage sera sujet au droit fixe pourvu qu'il soit justifié du partage. Est-ce que l'acte de partage ne doit pas être présenté au receveur ? Cela est de toute évidence pour tous les actes sujets à la formalité, puisque, d'après l'article 57 de la loi du 22 frimaire an VII, « la quittance de l'enregistrement sera mise « sur l'acte enregistré. »

Digitized by Google

S'il suffisait de justifier d'un acte de partage présenté à l'enregistrement pour éluder le droit proportionnel sur les mutations, le droit de vente pourrait échapper au fisc sur toutes les ventes. Il suffirait de simuler une indivision d'immeuble, puis de partager cet immeuble et de soumettre l'acte de partage au receveur. Par ce moyen, celui qui n'avait antérieurement aucun droit à l'indivision acquerrait sans droit proportionnel la part échue à son lot. La justification de l'acte de partage ne suffirait pas pour prouver la fraude, quand bien même ce partage serait définitif.

La justification exigée par la loi est celle *du titre* ou de la cause qui a engendré l'indivision, par exemple de l'ouverture de la succession et de la qualité d'héritiers ou de légataires, si l'indivision a lieu entre cohéritiers ou colégataires; de l'acte de donation, si l'indivision a lieu entre donataires; de l'acte d'acquisition faite en commun, si l'indivision a lieu entre communistes. Quelle est la raison de cette exigence de la loi? C'est que, dans tous ces cas, le droit proportionnel de mutation a été payé à l'entrée, c'est-à-dire au moment de la formation de l'indivision. Voilà pourquoi il n'est pas payé à la sortie, c'est-à-dire sur l'acte de partage, qui fait cesser cette indivision, parce que d'après l'article 883 du Code civil, le partage est déclaratif, et non attributif de propriété.

Lorsque, au contraire, le droit proportionnel n'a pas été perçu à l'entrée, c'est-à-dire sur l'acte qui a engendré l'indivision, il est perçu à la sortie, s'il s'opère une mutation par l'effet du partage. C'est ce qui arrive dans les actes de formation de société et dans des actes de partages entre associés. Pour favoriser les formations de société, qui sont la cause des progrès que nous voyons se réaliser sous nos yeux par l'établissement des chemins de fer, des lignes de télégraphie électrique, etc., etc., la loi fiscale exempte du droit proportionnel les actes de société, et par suite, les indivisions qu'ils engendrent entre associés; elle les assujettit seulement au droit fixe. (V. loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 3, n° 4, et loi du 28 avril 1816, art. 45, n° 2.) Mais, comme l'a dit excellemment le procureur général, M. Dupin, dans ses conclusions qui ont précédé l'arrêt solennel du 6 juin 1842 (Sir.-Dev., 1842, 1, 485), « ce qui est différé n'est pas perdu; la « régie attendra l'événement. »

Digitized by Google

C'est là que le célèbre procureur général explique si lucidement les différences que je viens de signaler : « Lorsqu'une « succession s'ouvre, les héritiers commencent par payer le « droit de mutation sur toute l'hérédité; c'est la condition du « passage de la propriété sur leur tête. Devenus ainsi propriétaires, ils ne payeront pas de droit proportionnel. Pourquoi? « Parce que le partage ne leur attribuera que ce qu'ils avaient « déjà; à leur égard et dans ce cas, il est vrai de dire qu'un « tel partage est déclaratif et non attributif de propriété; mais « s'il y a soulte, si celui qui ne devait avoir qu'un quart obtient moitié, les trois quarts ou même le tout, dans ce cas, « le droit proportionnel sera dû, parce que, dans ce cas, il y « a une nouvelle mutation, non plus du défunt à l'héritier, « mais de l'héritier à l'héritier. » Quelle verve ! quelle justesse d'esprit! que de bon sens, dans ces conclusions de l'ancien procureur général, qui n'occupent qu'une page et demie du *Recueil de Sirey!* Un jurisconsulte éprouve à les lire la même satisfaction qu'un grand peintre à contempler un beau tableau de Raphaël[1].

Tous les auteurs que je connais sont d'accord sur le sens que j'ai donné plus haut à ces mots de la loi de l'an VII et de 1816, *pourvu qu'il en soit justifié.* Ils ne mettent pas plus, que moi, cela en question, mais en axiome. Écoutons d'abord MM. Championnère et Rigaud : « La nécessité d'une indivision « ou copropriété antérieure au partage est consacrée par le « texte de la loi du 28 avril 1816, dont l'article 45-3° tarife « au droit fixe de 5 francs, les partages de biens meubles et « immeubles entre copropriétaires, *à quelque titre que ce soit,* « *pourvu qu'il en soit justifié.* » (V. TRAITÉ DES DROITS D'ENREGISTREMENT, n° 2641.)

Et plus loin, ils disent : « Le droit à la copropriété d'une « succession légitime résulte de la qualité d'héritier, telle « qu'elle est fixée par la loi; le partage doit faire connaître

[1] Ceci me rappelle que, dans la dernière année de la vie de M. Proudhon, M. Dupin fut désigné pour inspecter la Faculté de droit de Dijon, et, en cette qualité d'inspecteur délégué, il assista à une leçon du doyen et de chacun des professeurs. M. Proudhon, montrant à ses élèves M. Dupin, assis à côté de lui, leur dit en commençant sa leçon : « Messieurs, le voilà, ce grand Dupin !... » Quand on lit ses réquisitoires et particulièrement celui que je viens de relire, on est tenté d'être de l'avis de M. Proudhon.

Digitized by Google

« le droit de chacun des copartageants, et c'est ordinairement « la disposition préliminaire de l'acte. Rarement la régie « devra contester les énonciations qui portent sur ce point; « cependant, comme il peut arriver qu'on fasse entrer dans « la masse des biens qui n'appartenaient pas au défunt, ou « qu'on appelle au partage des personnes étrangères à la suc- « cession, soit frauduleusement, soit de bonne foi, l'admi- « nistration peut avoir intérêt à redresser l'erreur ou à « repousser la fraude. La preuve incombe alors aux coparta- « geants qui réclament l'application du droit fixe ; ce droit « n'est celui des partages qu'autant qu'*il est justifié du titre de « la copropriété ;* c'est la condition expresse de sa perception.» (Ib., n° 2670.)

M. Garnier n'est pas moins formel : après avoir rapporté les textes de la loi de l'an VII et de celle de 1816 sur les partages, textes que nous connaissons, il ajoute : « En effet, *c'est comme « se référant à des actes antérieurs dont il est le complément et « l'exécution*, que la loi écarte le droit proportionnel du par- « tage, pour ne le soumettre qu'au droit fixe. Mais cette per- « ception est subordonnée à deux conditions qui caractérisent « le partage tel qu'il est considéré par la loi de l'impôt. Ces « deux conditions sont écrites dans la disposition que nous « venons de transcrire. La première, c'est qu'il y ait une « *copropriété* quelconque, *à quelque titre que ce soit;* la se- « conde, c'est qu'il soit *justifié de cette propriété.* » (V. *Nouveau dictionnaire des droits d'enregistrement*, n°s 9363 *bis*.)

Plus loin, le même auteur ajoute : « La seconde condition « du tarif est qu'il soit justifié du *titre de l'indivision* que le « partage a pour objet de faire cesser : *Pourvu qu'il en soit « justifié,* dit le législateur. On comprend toute l'importance « de cette règle *de la justification* écrite dans la loi, lorsqu'on « réfléchit qu'il peut arriver deux choses : 1° que l'on fasse « figurer dans le partage des biens qui n'appartiennent pas à « l'indivision;... 2° que, soit frauduleusement, soit de bonne « foi, on appelle au partage des personnes qui y sont étran- « gères. » (V. *ouv. cité,* n° 9383.)

Il me paraît donc démontré jusqu'à l'évidence que la Cour de cassation et son procureur général se sont trompés dans le sens qu'ils attribuent à ces mots : *pourvu qu'il en soit justifié,* qu'ils font rapporter à l'acte de partage, et non au *titre*

Digitized by Google

ayant engendré l'indivision qui donne lieu au partage. Tout le reste des arrêts des 30 mai 1866, 20 décembre 1869 et du 12 mai 1870, n'est qu'un corollaire de cette erreur.

De ce qu'il doit être justifié du partage on en conclut : 1° que le partage doit être définitif ; 2° qu'il ne doit pas être provisionnel. Dans l'espèce de l'arrêt du 20 décembre 1869, le partage était approuvé par les majeurs et par les tuteurs des mineurs, et néanmoins la Cour a jugé : « Attendu que l'acte « de partage auquel deux mineurs étaient intéressés, était, « conformément à l'article 984 du Code de procédure civile, « sujet à l'homologation du tribunal, à qui il appartenait de « contrôler et de modifier au besoin le travail du notaire, *et* « *ce nonobstant tous engagements* ou renonciations contraires [1] ;

« Attendu qu'aux termes de l'article 840 du Code Napoléon, « ce partage n'était que provisionnel à l'égard des mineurs, « tant que cette homologation n'avait pas été obtenue [2] ; « qu'ainsi il n'était pas justifié d'un partage *définitif qui au-* « *rait pu motiver les perceptions du droit fixe*, par application « de l'article 68 de la loi du 22 frimaire an VII. »

On invoque aussi l'article 466 du même Code, suivant lequel « pour obtenir, à l'égard du mineur, tout l'effet qu'il aurait « entre majeur, le partage devra être fait en justice, etc. » Or, dit M. le procureur général, « tout partage où n'ont pas « été observées les règles prescrites est un partage provision- « nel : l'homologation, quand le partage intéresse des mi- « neurs, est au nombre des règles prescrites... Le défaut « d'homologation rend donc incontestablement provisionnel « un partage où des mineurs sont intéressés. »

Rien ne me paraît plus antijuridique et plus malsonnant que toutes ces allégations, produites pour exagérer et fausser l'application d'une loi fiscale déjà si sévère. Un partage provisionnel est celui qui est fait par provision, en attendant le

[1] Art. 984 C. pr. — Les formalités ci-dessus seront suivies dans les licitations et partages tendant à faire cesser l'indivision, lorsque les mineurs ou autres personnes non jouissant de leurs droits civils y auront intérêt.

[2] Art. 840 C. Nap. — Les partages, faits contrairement aux règles ci-dessus prescrites, soit par les tuteurs avec l'autorisation du conseil de famille, soit par les mineurs émancipés, assistés de leurs curateurs, soit au nom des absents ou non présents, sont définitifs : ils ne sont que provisionnels, si les règles prescrites n'ont pas été observées.

Digitized by Google

partage définitif, comme celui qu'un mari provoque au sujet des biens propres de sa femme, qui ne tombent pas en communauté, et qui ne doit durer que pendant la jouissance du mari. (V. en ce sens art. 818 C. Nap..) Des parties majeures et maîtresses de leurs droits sont libres de faire un partage de ce genre dont la durée serait restreinte à celle fixée par la convention. Et encore je ne doute pas un instant qu'un pareil acte de partage ne doive être enregistré au simple droit fixe.

On nous dit qu'un partage dans lequel des mineurs sont intéressés est toujours provisionnel, quand les formalités prescrites par les lois n'ont pas été remplies; et l'on invoque à l'appui de cette proposition l'article 840 du Code civil, qui qualifie de *provisionnels* les partages de ce genre. — Rien n'est plus facile que de répondre à une pareille objection. Veut-on dire par là que les mineurs ne sont pas liés définitivement par un partage de ce genre? Rien n'est plus évident qu'une pareille proposition, puisqu'il est manifeste que le partage excède la capacité des mineurs et de leurs représentants.

Veut-on en induire qu'un pareil partage est sans effet vis-à-vis de la régie de l'enregistrement, lors même que les père et mère ou tuteur se seraient portés forts pour le mineur? Cette proposition serait une hérésie. Et cependant elle est encore l'une des bases du réquisitoire de M. le procureur général et des arrêts de la Cour de cassation. On lit, en effet, dans le réquisitoire : « Au bas des déclarations « les plus précises de la volonté des parties d'attribuer à « chacun la propriété irrévocable de son lot, l'article 840 « écrit : Moi, la loi, je réduis le présent partage à la simple « jouissance des lots. »

Si cela était vrai, il en résulterait que jamais les mineurs ne pourraient, *vis-à-vis de la régie,* sortir d'indivision sans les formalités dispendieuses de la justice. Le réquisitoire ne recule pas devant cette conséquence, et voici en quels termes il s'en explique : « Donc, pour les incapables, le partage « provisionnel n'existe pas en tant que partage de fonds, et « ce qu'on appelle le droit de ratification des mineurs deve- « nus majeurs n'est, en réalité, qu'un droit d'acceptation « qui est le corrélatif du droit qu'on reconnaît leur être

Digitized by Google

« ouvert par leur majorité au profit de leurs cohéritiers « capables, de les sommer d'opter entre l'acceptation du « partage du fonds et son anéantissement. »

MM. Aubry et Rau, dont l'autorité est invoquée, répondent que c'est là une question de fait et d'interprétation entre les cohéritiers majeurs et mineurs. Ils disent qu'en principe on ne doit pas supposer que les majeurs ont voulu s'obliger définitivement envers les mineurs, tandis que ceux-ci ne le seraient pas vis-à-vis des majeurs. (V. *Cours de droit civil français,* t. V, p. 251, 3e édit.) Mais cela n'a rien de commun avec l'interprétation de la loi du 22 frimaire an VII dans les rapports des copartageants avec la régie; il ne s'agit, pour les auteurs cités, que d'une interprétation du partage *entre les cohéritiers.*

La règle qui doit servir à déterminer les rapports des copartageants, au nombre desquels se trouvent des majeurs et des mineurs, est écrite dans les articles 1120 et 1125 du Code civil, dont l'un permet de se porter fort pour autrui, et l'autre décide que les incapables seuls, et non les capables, peuvent exciper de l'incapacité. De quel droit la régie, qui est un tiers, vient-elle se prévaloir d'une nullité purement relative qui peut se trouver dans l'acte de partage? Le partage peut être avantageux au mineur, les parties ont voulu, je le suppose, le rendre définitif, sauf le droit de rescision possible en faveur des mineurs; et à cause de cette minorité, de ce secours possible, éventuel, mais qui pourra ne jamais se réaliser si le mineur devenu majeur ratifie, ou s'il laisse écouler le temps nécessaire pour que la loi le ratifie elle-même, il sera permis à la régie de critiquer l'acte, de le faire considérer comme nul à son égard, et cela uniquement pour grever l'impôt au préjudice des parties!

C'est bien autre chose si nous supposons que les père et mère ou tuteur, ainsi que cela se voit tous les jours, se sont portés forts pour les mineurs dans l'acte de partage. On viendra nous dire que ce n'est pas là un acte de partage dans le sens des lois de l'an VII et de 1816! Quelle est donc la nature d'un pareil acte, si ce n'est pas un acte de partage? Je mets au défi tous les membres de la Cour de cassation et tous les procureurs généraux de venir attribuer sérieusement une autre nature à un pareil acte. Pour arriver à dénier à

Digitized by Google

cet acte la qualité que lui ont donnée les parties et que lui donneront tous ceux qui le liront, sans exception possible, on est réduit à cette pitoyable interprétation des mots : *pourvu qu'il en soit justifié*, réfutée plus haut de telle manière qu'il est impossible d'y répondre un mot sérieux. Cet acte, dit-on, n'est pas un partage *définitif*, ce n'est qu'un partage *provisionnel*, et la loi exige qu'il soit justifié d'un partage définitif. Quoi! parce que le mineur pourrait revenir contre l'engagement pris en son nom, s'il l'attaque après sa majorité et avant d'avoir accepté simplement la succession de celui qui s'est porté fort en son nom, on vient dire que cet acte ne doit pas être enregistré comme un acte de partage! Où a-t-on vu qu'il fût permis de repousser ainsi la qualification loyale, vraie, sincère, donnée par les parties à leurs conventions, uniquement afin de percevoir un impôt qui n'est pas dû, sur un autre acte appelé *licitation* et présenté à l'enregistrement en même temps que l'acte de partage? Je demande sous quel prétexte on peut être conduit à une pareille aberration, à une injustice aussi monstrueuse? Pour la colorer, on est réduit à faire violence à toutes les règles du bon sens et de la grammaire et à venir dire, contrairement à l'opinion unanime de tous ceux qui se sont occupés d'écrire sur l'enregistrement, que les mots *pourvu qu'il en soit justifié* signifient pourvu qu'il soit justifié *d'un acte de partage*, ce qui est une erreur manifeste, comme je l'ai démontré.

Et de quel droit, vous, régie de l'enregistrement, venez-vous repousser la qualification donnée par les parties à un acte de partage dans lequel un père ou un tuteur se porte fort pour son mineur? Où est la loi qui vous autorise à méconnaître ainsi la mesure d'un pareil acte, sous prétexte qu'il peut un jour à venir être attaqué par le mineur? Est-ce qu'il vous appartient d'exercer les actions rescisoires des mineurs, sous le prétexte qu'ils pourraient un jour les exercer eux-mêmes? Voyez-vous la régie de l'enregistrement s'attribuant l'exercice de pareilles actions! Est-ce en vertu de l'article 1166 du Code civil, qui permet aux créanciers d'exercer les droits et actions de leur débiteur? Est-ce en vertu de l'article 1167, qui leur donne le droit d'attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits? Est-ce enfin en vertu d'un droit propre à cette même régie? Le

Digitized by Google

premier article cité n'autorise l'exercice des actions des débiteurs qu'en faveur des créanciers non payés et non désintéressés. Est-ce que la régie agit ici comme créancière non payée et non désintéressée et à l'effet de se couvrir avec les ressources de ses débiteurs? Évidemment, non! — Est-ce qu'elle attaque l'acte comme fait en fraude de ses droits? Non, encore; elle n'a point de droit pour empêcher les parties de partager ainsi et comme elles l'aviseront; elle n'a point d'action pour attaquer un acte fait par des parties qui ne lui doivent rien. Elle n'agit donc pas par l'action paulienne pour attaquer un acte fait en fraude de droits de créances qu'elle n'a pas. Elle n'est pas davantage fondée à agir en vertu d'un droit à elle propre pour contester et contredire un acte vrai, sincère, légitime et conforme à la pratique de tous les siècles et de tous les peuples. En effet, dans tous les temps et chez tous les peuples, il est conforme à la nature humaine qu'un père ou un tuteur se porte fort pour son fils ou son pupille. Y a-t-il rien au monde qui soit plus naturel qu'une pareille garantie?

Bien loin que la législation fiscale repousse les clauses de porte-fort ou de garantie, elle les reconnaît, les consacre et les tarife. On lit, en effet, dans la loi du 22 frimaire an VII, article 69, § 2, n° 8, comme tarifées au droit de 50 centimes par 100 francs « les garanties mobilières. » La convention que le droit commun consacre dans l'article 1120 du Code civil, la loi fiscale la reconnaît et la tarife; mais la Cour de cassation, dans les arrêts si iniques que nous combattons, la méconnaît et la repousse. Suivant elle et d'après les doctrines de son procureur-général, un partage dans lequel un majeur se porte fort pour un mineur et en garantit l'exécution à ses risques et périls, n'est pas un partage, c'est un acte chimérique réputé non avenu, insignifiant, sous prétexte qu'il pourra, dans un futur contingent, être attaqué par le mineur.

Mais sur ce fantôme d'acte, sur cette chimère, la régie, tout en le méconnaissant, n'en perçoit pas moins le droit principal de 5 francs avec les dixièmes, comme si c'était un acte réel. Pour elle, c'est un acte de partage et ce n'en est pas un; c'est un acte de partage, quand il s'agit de percevoir l'impôt fixé par la loi; ce n'en est pas un, quand il s'agit de perce-

Digitized by Google

voir le droit de licitation ou le droit de soulte sur l'acte de licitation présenté en même temps à la formalité. On ne saurait trop admirer la subtilité de la Cour de cassation : elle divise l'acte ; elle le trouve bon s'il est présenté seul à l'enregistrement, pour qu'il rende exigible le droit fixe de partage ; mais elle ne le trouve pas bon quand il s'agit de percevoir le droit de soulte sur un acte antérieur d'adjudication sur licitation entre cohéritiers.

Admirez tout le chemin parcouru par la jurisprudence pour arriver à la solution du point qui nous occupe. Jusqu'en 1835, la régie, pour l'application du droit de soulte sur les actes de licitation, décidait que pour percevoir le droit proportionnel *sur les parts acquises*, en vertu de la loi du 22 frimaire an VII, article 69, § 7, n° 4, il fallait considérer les droits du cohéritier adjudicataire par licitation, eu égard à la masse héréditaire totale et non eu égard seulement à la partie héréditaire licitée. Ainsi, étant donnée une succession de 100,000 francs dévolue à deux héritiers, et composée d'un immeuble de valeur de 50,000 francs et de 50,000 francs de valeurs mobilières, si l'immeuble était adjugé à l'un des héritiers par licitation, il n'était censé rien acquérir au delà de ses droits héréditaires ; et, si l'acte de licitation était soumis à l'enregistrement avant la liquidation et le partage de la succession, la perception du droit de soulte était faite, à la vérité, sur la moitié de la valeur de l'immeuble ; mais cette perception n'était que provisoire, et les droits perçus étaient susceptibles de restitution jusqu'à due concurrence, si dans le délai de deux ans fixé par l'article 61 de la loi de l'an VII, il était justifié par un partage que le prix de l'adjudication avait été attribué au lot du cohéritier acquéreur. C'est en ce sens que la question avait été résolue par l'instruction générale du 27 mars 1830.

En 1835, il s'opéra un revirement dans les opinions de cette même régie. Par une décision du 23 mai 1835, l'administration ordonna à ses employés de percevoir à l'avenir le droit sur la licitation, en déduisant seulement la part de l'héritier dans le lot à lui adjugé, sans restitution ultérieure, quel que fût l'événement du partage, c'est-à-dire quand bien même, par l'effet du partage postérieur à la licitation, il serait démontré que l'héritier adjudicataire sur licitation n'aurait eu

Digitized by Google

rien au delà de sa portion héréditaire, en conservant le prix entier de la licitation dans son lot. Les tribunaux, appelés à statuer sur cette prétention alors nouvelle de la régie, la repoussèrent généralement comme injuste et contraire à la loi de l'an VII, combinée avec l'article 883 du Code civil sur l'effet purement déclaratif des partages et des licitations. Mais la Cour de cassation a consacré sa jurisprudence par une série d'arrêts tellement nombreux, qu'elle a fait taire les résistances, bien qu'elle n'ait pas ramené à elle tous les dissidents.

Pour mon compte, j'ai toujours adhéré à cette solution par cette double raison : 1° que le receveur, auquel est présenté un acte d'adjudication sur licitation au profit de l'un des héritiers avant la liquidation, n'est censé connnaître que la quote-part de chaque héritier dans l'immeuble adjugé, et qu'il ne peut être ajourné au moment où l'acte de liquidation lui sera présenté ; 2° que, plus tard, lorsque ce dernier acte est représenté, l'article 60 de la loi de l'an VII s'oppose à la restitution, puisque cette loi n'admettait la restitution que dans deux cas seulement prévus par les articles 48 et 69, § 3, n° 3, complétement étrangers au cas qui nous occupe. Je ne m'associe donc pas aux critiques dont cette jurisprudence, déjà ancienne, a été l'objet, spécialement de la part de M. Championnère.

Cette solution est déjà très-dure : car il est certain par là que l'héritier adjudicataire sur licitation d'un objet qui ne dépasse pas, en fait, je le suppose, ainsi que cela se présente tous les jours, sa part dans la masse héréditaire, quoiqu'elle dépasse ses droits dans l'objet licité, soit obligé de payer sans restitution le droit de soulte (qui était le même que le droit de vente d'après la loi de l'an VII) sur les parts qu'il est censé acquérir de ses cohéritiers, et que ce droit ne soit pas restituable lorsqu'il est démontré par le partage ultérieur qu'en réalité il n'avait point atteint ou point dépassé ses droits dans la masse héréditaire. Cette décision est tout à fait contraire aux règles de la justice et de l'équité, puisque la perception de l'impôt est démontrée avoir reposé sur une fausse cause. En droit civil, l'obligation qui repose sur une fausse cause est nulle (art. 113 C. civ.) ; elle donne lieu à répétition (art. 1235 et 1376 ib.). Malgré tout cela, je le répéte, dans l'état actuel

Digitized by Google

de la législation, j'adhère à la jurisprudence sur ce point, en disant *dura lex, sed lex.*

Mais de là à l'extension donnée par les nouveaux arrêts cités en tête de cet article, il y a l'infini. La régie par l'âpreté de ses prétentions, et la Cour de cassation par l'injustice de ses décisions, finiront par accumuler des masses de résistances qui mettront en péril l'impôt, au lieu de lui venir en aide. C'est ce qui a lieu en ce moment pour la non-distraction des dettes dans les transmissions à titre gratuit, qui a subi tant d'attaques, même au Sénat, dont cependant tous les membres poussaient l'esprit de conservation jusqu'au suprême degré. La non-distraction des dettes me choque moins que l'énormité des droits, et surtout que la perception des droits qui, à mon avis, ne sont pas dus, comme cela se rencontre, suivant moi, dans les arrêts que je critique. La suppression du principe de la non distraction des dettes ferait courir de grands risques au droit de mutation par décès, comme on peut le voir dans mon ouvrage sur le *Droit public et administratif de l'empire romain*, n°s 857 et 858.

On peut juger du chemin parcouru par la jurisprudence depuis 1835, en matière de perception du droit de soulte sur les licitations entre cohéritiers ou communistes. Avant 1835, la perception du droit n'avait lieu qu'à titre provisoire sur les parts acquises par le cohéritier adjudicataire sur licitation, eu égard à ses droits dans l'immeuble à lui adjugé; en définitive, la perception se réglait eu égard à ses droits dans la masse héréditaire. Aujourd'hui on est arrivé à ce résultat monstrueux, de dire que toutes les fois que des mineurs sont intéressés dans un partage, il n'est plus possible de faire, pour eux et dans leur intérêt, un acte de partage donnant lieu au droit fixe, à moins qu'il ne soit fait en justice; de sorte que ces malheureux mineurs, auxquels on a l'air de s'intéresser dans certains projets de modifications du Code de procédure, sont maltraités d'une manière incroyable par la jurisprudence. Le *Væ victis!* n'est pas seulement vrai pour les vaincus dans les guerres de nation à nation, il est vrai aussi à l'égard des faibles. Malheur à vous, si vous êtes faible ou incapable. Dès que la perte de vos père ou mère, si vous êtes mineur, ou la perte de votre raison, si vous êtes interdit, vous ont placé parmi les incapables, vous devenez victime du fisc et d'une

Digitized by Google

jurisprudence, je ne dis pas seulement impitoyable, car le fisc et la jurisprudence ne se croient pas obligés d'avoir des entrailles, mais injuste, inique, illégale, révoltante qui écrase les faibles et les incapables en leur faisant payer un impôt qu'ils ne doivent pas. Ce que je dis, je crois l'avoir démontré jusqu'à l'évidence pour ceux qui connaissent les lois sur l'enregistrement. Mais combien y a-t-il en France de magistrats, d'avocats, d'avoués, qui connaissent cette branche de la législation ! On peut juger combien le nombre en est petit par la lecture des arrêts et par l'approbation que leur donnent les arrêtistes.

Il y a des questions de droit sur lesquelles les meilleurs esprits flottent incertains pendant des siècles; nous en rencontrons bon nombre de ce genre dans le droit romain, qui ont conservé ce caractère dans notre législation française. Il y en a d'autres qui ont l'évidence d'un théorème de mathématiques. Telle est, pour moi, la solution donnée à la question qui fait l'objet de cet article. J'espère qu'il en sera de même, malgré tous les arrêts non-solennels ou solennels de la Cour de cassation, pour les lecteurs qui sauront me comprendre.

En présence d'une jurisprudence consacrée par un arrêt solennel de la Cour de cassation, je sens combien ma voix est faible ; c'est *vox clamantis in deserto*. Je n'ai aucun espoir de faire réformer cette jurisprudence. Les hommes sont ainsi faits, que, lors même qu'ils se sont trompés, leur amour-propre les porte à persister dans leur erreur, quand même ils viendraient à la reconnaître. Pour eux, l'autorité ne doit jamais avoir tort; ce serait affaiblir son prestige; il faudrait un Dupin pour produire un pareil phénomène, et les Dupin sont rares. Je n'ai qu'un seul espoir, c'est que le grain de senevé que je jette au vent tombera entre les mains d'un notaire intelligent, comme, par exemple, M. Ducruet à Lyon, qui adressera une pétition à l'Assemblée pour exposer l'iniquité de la jurisprudence que je combats, et que cette pétition aura pour rapporteur un député qui me comprendra. Ainsi soit-il !

SERRIGNY.

Digitized by Google

LA PAROLE ET LA FORME DANS L'ANCIENNE PROCÉDURE FRANÇAISE.

Par Henri Brunner,
professeur de droit à l'Université de Lemberg.

Reproduit en français par M. Hecquet de Roquemont, docteur en droit, conseiller à la Cour d'appel d'Amiens.)

Parmi les publications que l'Académie impériale des sciences de Vienne échange avec la Société des antiquaires de Picardie, j'ai eu la bonne fortune de découvrir une intéressante étude de M. Brunner, professeur de droit à l'Université de Lemberg, sur la procédure française du XIIIe et en partie du XIVe siècle [1].

Antérieurement, l'Académie de Vienne avait publié deux écrits dans lesquels le jurisconsulte Siegel avait soigneusement analysé, à l'aide des sources nationales, l'ancienne procédure allemande [2]. M. Brunner a eu l'heureuse idée de présenter comme complément et justification de ces travaux l'exposé de l'ancienne procédure française.

L'une et l'autre procédure ne portent pas seulement, en effet, le sceau d'une même origine; elles offrent jusque dans le détail une analogie frappante, on pourrait dire une identité réelle.

L'ancienne procédure française, dit Brunner, est au fond ce que des historiens du droit français [3] ont généralement désigné sous le nom de procédure féodale. Cette dernière dénomination est inexacte, car elle suppose que, comme en Allemagne, il y aurait eu en France une juridiction civile distincte de la juridiction féodale, et elle paraît se référer uniquement à celle-ci. En réalité, les tribunaux du seigneur, composés de vassaux qui remplissaient ainsi un devoir féo-

[1] *Compte rendu des séances de l'Académie impériale des sciences de Vienne*, vol. 77, p. 655.

[2] *Die Erholung und Wandelung im gerichtlichen Verfahren, ibid.*, vol. 42. — *Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang, ibid.*, vol. 51.

[3] Entre autres Stein dans son Histoire du droit pénal et de la procédure de la France, formant le 3e vol. de l'*Histoire du gouvernement et du droit de la France*, par Warnkönig. Le mot *féodal* sert d'échappatoire pour sortir des difficultés ou pour suppléer à l'insuffisance des notions acquises.

Digitized by Google

dal, celui de justice, ne formaient pas des tribunaux spéciaux; ils statuaient sur les affaires civiles comme sur les affaires féodales [1], et la procédure qui les régissait était, dans ses parties essentielles, celle que suivaient d'autres tribunaux, par exemple ceux des villes. Ce n'est pas d'ailleurs au régime féodal que cette procédure doit sa naissance. Ses principes fondamentaux existaient antérieurement, du moins en germe.

Cette procédure pourrait, à plus juste titre, être désignée sous le nom de procédure formaliste, notamment pour la période qui a précédé saint Louis. Depuis le milieu du XIIIe siècle, elle subit des modifications importantes. La preuve se fit désormais par enquêtes. Le formalisme disparut presque entièrement du droit criminel; dans le droit civil, il s'affaiblit considérablement, ou même céda le pas aux procédures romaine et canonique.

Ce fut la puissance royale qui porta le premier coup à la procédure formaliste; mais elle ne disparut que sous l'action successive du temps et des idées. La célèbre ordonnance de saint Louis, en date de 1260, qui, par la suppression du combat judiciaire, l'introduction de la preuve par enquête et l'institution des serments *de calomnie*, ouvrait à toute la procédure une voie nouvelle, ne devait d'abord trouver son application que dans les tribunaux de la *jurisdictio commissaria*, c'est-à-dire dans ceux où le roi rendait la justice par des hommes à lui, baillis et prévôts, et non dans ceux de la *jurisdictio feodalis* [2]. Dans ceux-ci, en effet, d'après les principes du régime féodal, rien ne pouvait être changé que d'un commun accord entre le seigneur et le vassal. *Ne li rois ne puet mettre ban en la terre au baron sans son assentement, ne li bers puet mettre ban en la terre au vavasor* [3]. Or, les innovations introduites par l'ordonnance étaient de nature à diminuer pour le vassal du roi, seigneur justicier dans son propre territoire, les produits de son fief. Ce n'est donc qu'avec le libre assentiment du seigneur et sous l'influence morale de la royauté

[1] V. Daniels, *Origine et valeur de l'institution du jury*, p. 42, note 1 (Berlin, 1848, en allemand) et *Système et histoire de la procédure civile française et rhénane*, I, p. 192 (aussi en allemand).

[2] Cette distinction des juridictions est nettement formulée dans la *Somma de legibus consuetudinum Normannie*, lib. I, cap. 3.

[3] *Établissements de saint Louis*, I, ch. 24.

Digitized by Google

que ces innovations pénétraient en fait dans les tribunaux de mouvance féodale. Parfois il les admettait dans des tribunaux ou des cas déterminés, de telle sorte que sur un même territoire ou dans la pratique du même tribunal les principes des deux procédures étaient concurremment en vigueur.

Les tribunaux royaux eux-mêmes n'ont pas été immédiatement soumis à l'ensemble de la procédure nouvelle. Ce que le roi tenait à abolir et abolit en effet dans ses domaines, c'était le combat judiciaire. « *Nous deffendons les batailles par tout nostre domaine en toutes quereles : mais nous n'ostons mie les dénis, les responses et les contremans qui aient été accoutumés selon les usages des divers pays, forsitant que nous en ostons les batailles, et en lieu des bastailles, nous mettons prueves des témoins, ou de chartres* [1]... »

Les sources témoignent de ce dualisme des deux procédures et offrent de précieux éléments pour chacune d'elles. Les ouvrages même consacrés à la procédure *selon l'établissement du roi* fournissent leur contingent à l'étude de la procédure formaliste. Les innovations ne jettent-elles pas parfois, en effet, la lumière sur l'état de choses qu'elles remplacent, et dans l'histoire du droit du moyen âge l'existence de tel ou tel institut ne ressort-elle pas du fait même de sa suppression? Dans certains cas, les sources du droit de la Flandre méridionale et du droit anglo-normand peuvent également être consultées avec avantage.

Après ce préambule, l'auteur entre dans l'examen de son sujet, qu'il divise ainsi :

I. La parole en jugement.
II. La forme.
III. L'immutabilité de la parole.
IV. Les dangers de la procédure en général et le prendre à point.
V. Applications diverses du principe de l'interprétation littérale.
VI. Actes de procédure considérés isolément.
  1. La demande.
  2. La réponse.
  3. Le serment.

[1] *Établissement de saint Louis*, I, ch. 2.

Digitized by Google

4. La preuve par témoins.
5. L'appel.

VII. Cautelles.
1. Sans égard à l'assistance d'auxiliaires.
2. Conseils.
3. Prolocuteurs.
4. L'amendement de la parole.
   a) Retenail d'amendement.
   b) Pratique de l'amendement.
      α. Le contredit.
      β. Omission de l'amendement.
      γ. L'amende.
      δ. Le dire d'amendement.
5. Conseil et amendement au serment.

I. La parole en jugement.

Le jugement doit uniquement être basé sur les paroles prononcées par les parties litigantes. *La Court ne doit faire esgart ne counissance que des paroles que l'om dit quant l'on se pouse sur Court* [1]. Aussi les sources sont-elles unanimes à signaler comme la partie la plus importante de la mission du juge l'attention qu'il doit prêter aux paroles des parties, le souvenir précis qu'il doit en garder pour en faire la base de sa décision : *Soies ententiz à totes les paroles qu'on dira en Cort là où il te covendra jugier* [2]. Le juge manque à son devoir s'il n'a égard qu'aux dernières paroles, sans que les parties aient renoncé à celles qui avaient précédé [3]. En Normandie, lors du serment de fidélité au prince, les juges promettent

[1] *La clef des assises de la haute Cour du royaume de Jérusalem et de Chypre*, éd. Beugnot, art. 124.

[2] *Le conseil de Pierre de Fontaines* (éd. Marnier, Paris, 1846), ch. 21, § 4.— Jean d'Ibelin (*Assises de Jérusalem*, éd. Beugnot, ch. 9) recommande aux hommes qui sont juges en la Haute Court d'*estre ententifs de oyr et de bien retenir les paroles et les poins que les plaideors dient en la Court del Plait et juger le plus dreit et le plus leaument que ils poront ne sauront selon les paroles que il oront oyes et entendues.*

Beaumanoir, ch. VI, § 15, dit : *Et convient que li home por qui li jugement doit estre fes, retiennent en lors cuers ce sor quoi ils doivent jugier.*

[3] De Fontaines, XXI, 54 : *Sanz ce que les parties ne renonçassent arriers que eles eussent dit en nule manière.*

Digitized by Google

quod justum proferent judicium de auditis [1]. Les définitions que la *Somma de legibus consuetudinum Normannie* donne du jugement et des juges sont empreintes de la même idée [2].

Le style judiciaire était conforme. Au Parlement de Paris et suivant de nombreuses coutumes, les juges demandaient expressément aux parties si d'après les paroles prononcées de part et d'autre, *secundum proposita* [3] *selonc lor paroles* [4], elles voulaient ouïr droit. La partie qui n'avait rien à ajouter répondait affirmativement et soumettait ainsi ses paroles à la décision des juges. C'est ce que les sources nomment : *se appodiare ad jus* [5], *s'apuyer* [6], *se former en jugement* [7], *se supponere judicio, verba ponere ad judicium* [8], *couquier les paroles en jugement* [9], *se mettre soubz jugé de moz pladoïez* [10]. Le procès était alors vidé *secundum proposita*, et cette même formule était, parait-il, insérée dans le jugement [11].

Les contestations sur ce qui avait été dit étaient tranchées par le record des juges, et ce d'une manière irrévocable, pour ne pas éterniser le débat. Les divers actes de la procédure, y compris les serments de la partie et des témoins, pouvaient, comme le jugement, être attaqués par offre des gages de bataille. Mais le record était hors d'atteinte. *Ne contre recort*

[1] *Somma de legibus... Normannie*, I, c. 10, § 6.

[2] Judicium... est ex propositis in jure ab adversis partibus et responsis sententia a judiciariis promulgata. (*Somma*, I, 10. § 1). — Judiciarii sunt discrete persone et autentice qui judicium proferunt in curia de auditis. (*L. c.*, § 2.)

[3] Cum curia peteret a partibus si vellent jus audire utrum secundum proposita... resaisiendi essent abbas et conventus. (*Olim*, éd. Beugnot, I, 751, n° 3 a. 1269.)—Tandem petito a Curia si partes vellent audire jus utrum secundum proposita... esset reddendus... (*Olim*, I, 878, n° 34, a. 1271.)

[4] De Fontaines, XXI, 53, 54. — Comp. les anciennes constitutions du Châtelet de Paris (éd. Laurière), art. 35.

[5] *Olim*, I, 598, n° 13, a. 1264.

[6] Beaumanoir, V, 7.

[7] Marnier, *Coutumier de Picardie*, 30, 126.

[8] *Olim*, II, 100, n° 9, a. 1277. — *Olim*, I, 706, n° 22, a. 1267.

[9] Beaumanoir, V, 7.

[10] *Le livre des droix et des commandemens d'office de justice* (édité par Beautemps-Beaupré, Paris, 1865), § 666, 882.

[11] Du moins figure-t-elle souvent dans les *olim*. — Comp. le jugement rapporté dans Delisle, *Recueil de jugements de l'échiquier de Normandie* (notices et extraits, t. XX, p. II), 36, n° 137 : De verbis quæ ex utraque parte audierant, judicaverunt quod...

Digitized by Google

ne puet en rien faire, dit de Fontaines[1]. *Nus puist dire ne faire riens encontre ne à loi de bataille venir*, disent, article 74, li usages de le cité d'Amiens [2]. Impuissants à réparer même une erreur, les juges recordaient *sor le péril de lor âmes* [3]. Ce n'était pas d'ailleurs uniquement pour eux une affaire d'attention et de mémoire; ils devaient être assez familiarisés avec les formalités et les finesses de la procédure pour discerner ce qui était essentiel de ce qui ne l'était pas. Aussi la *Très ancienne Coustume de Bretaigne* recommande-t-elle de ne pas employer à cette œuvre de justice des *gens de basse condition*, étrangers aux usages et au droit du pays. *Une conjonction peut porter une cause de cent livres de rente comme de trois deniers et aussi une disjonction* [4]. Et de pareilles gens proclament *aussi-tost le faux comme le droit, tout cuidassent-ils bien recorder*. Par ce motif, on doit y appeler des *gentilshommes* [5].

Les juges n'ont pas, du reste, à se préoccuper du sens que la partie aurait attaché à sa parole. L'interprétation littérale est seule admise. *On juge selonc ce qui est dit, non pas selonc les ententions* [6].

II. La forme.

Indépendamment de ce que les parties pouvaient dire de leur propre et libre inspiration, sauf à subir les conséquences d'une interprétation littérale, il y avait une terminologie traditionnelle dont l'usage était d'autant plus impérieux qu'elle correspondait à des actes non moins formels.

Un des traits caractéristiques de l'esprit germanique est d'environner de formes la manifestation du droit, de symboliser l'idée abstraite, ou du moins de la rendre saisissable. A ce point de vue, le droit français, dans son développement, a peu créé; en revanche les formes traditionnelles y sont

[1] XXI, 35.

[2] Dans Thierry, *Recueil des monuments inédits de l'histoire du tiers état*, I, pièces relatives à l'histoire de la ville d'Amiens, p. 146, dans la collection de documents inédits.

[3] De Fontaines, XXI, 18.

[4] La confusion de la conjonctive et de la disjonctive a joué ailleurs aussi, nous le verrons plus loin, un rôle dans la pratique.

[5] Boudot de Richebourg, *Nouveau coutumier général*, IV, 235.

[6] Beaumanoir, XLIV, 47.

Digitized by Google

énergiquement maintenues. Ce que la poésie avait inspiré trouvait généralement une sauvegarde dans le prosaïque intérêt des seigneurs justiciers à percevoir les amendes pour violation des formes, et ce même à l'époque où déjà les procédures romaine et canonique avaient pris le dessus.

« La forme, dit Jhering [1], est l'ennemie jurée de l'arbi-« traire, la sœur jumelle de la liberté. » L'histoire de la procédure française en fournit une preuve. Tant que l'autorité judiciaire, malgré son organisation puissante, a été, quant à sa sphère d'activité, circonscrite dans des limites étroites et précises, la forme a conservé devant la justice la plénitude de son empire. Au XIIIe siècle, à mesure que grandit le pouvoir du roi et des officiers royaux, la forme décline, et dans la même proportion l'autorité judiciaire s'affaisse et s'altère pour prendre les allures arbitraires d'un pouvoir de police [2].

Dans l'ancienne procédure française, les parties n'avaient à subir de la part du juge aucune sorte de tutelle. Le litige était leur propre et unique affaire. Le tribunal ne prenait une mesure ou une décision qu'autant qu'elles l'en avaient requis. La preuve elle-même était leur œuvre à peu près exclusive, au point de ne laisser pour ainsi dire aucune prise à l'appréciation de la justice.

La contrainte de la forme était le contre-poids obligé d'une liberté aussi large et la sauvegarde de la procédure. Dans la procédure comme dans l'ensemble du droit en général, la forme peut être comparée à une digue devant laquelle la partie s'arrête, se recueille et se rend compte avant de formuler juridiquement sa prétention [3].

Le point saillant de la forme dans le droit germanique et dans ceux qui en dérivent est l'objectivité du jugement. Les discours et actes des parties ont frappé les oreilles et les yeux des juges. Loin de ceux-ci la pensée d'en rechercher le mobile et de se faire, par appréciation de la situation, un sujet ou thème sur lequel, à l'instar du *Judex* de Rome, ils statueront *ex sententiâ animi sui*. Ce respect de l'extérieur,

[1] *Esprit du droit romain*, II^b, 497 (en allemand).

[2] Daniels, *Origine et valeur de l'institution du jury*, Berlin, 1848, p. 75 et suiv. (en allemand).

[3] Jhering, *op. cit.*, 519 et suiv. — Conf. Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile*, 341 et suiv.

Digitized by Google

porté jusque dans la matière des preuves, est le caractère fondamental de la procédure. Appliqué au langage, il se produit sous deux aspects distincts : Ce que le plaideur a pu dire en toute liberté dans le langage usuel est littéralement interprété suivant le sens que l'usage y attache. C'est le formalisme dans l'acception large du mot. Le droit a-t-il, au contraire, astreint à une forme fatale la manifestation d'une idée juridique, de telle sorte qu'aucune autre expression ne puisse valablement le remplacer, c'est le formalisme dans le sens restreint. D'une part comme de l'autre, on se tient à la forme, non à la pensée individuelle. Là c'est la forme que le langage populaire a assignée à la pensée ; ici la terminologie sèche et inflexible de la langue du droit. Dans les deux cas, l'individu subit la loi de la masse, laquelle ignore absolument toute forme différente de celle qui lui est propre.

L'ancienne procédure française a, dans son développement, excédé de beaucoup les nécessités juridiques du formalisme. La jurisprudence s'y est attachée avec une prédilection marquée. Les livres de droit de cette époque, qui en traitent au point de vue pratique, doivent principalement à cette circonstance la vogue dont ils ont joui. Une méticuleuse logique s'ingéniait à déduire des formes en vigueur les conséquences les plus subtiles et le culte de la forme faisait ainsi perdre de vue son but primitif. C'est la chevalerie des États de l'Orient issus des croisades qui, sous ce rapport, a été le plus loin. Les plus rigides éplucheurs de mots étaient les chevaliers croisés. Assez près d'eux figurent les Normands, lesquels ont longtemps passé en France pour être les premiers Rabulistes. Le droit local des pays français ne laissait pas, du reste, de présenter beaucoup d'art et de recherche en ce genre, et comme la procédure allemande de cette période est affectée de la même exubérance, il est permis d'en conclure que c'est là un phénomène général, caractérisant cette époque de culture, la scolastique, pourrait-on dire, dans la formation du droit.

L'effet de la forme (dans l'acception juridique du mot) est d'entraîner des conséquences préjudiciables, lorsqu'elle a été omise. La plus directe est que l'acte entaché de ce vice n'étant pas valable, le but que se proposait la partie n'est pas atteint. Et cependant pour la suite du procès il n'est pas con-

Digitized by Google

sidéré comme s'il n'avait pas eu lieu. Il existe, et en droit strict, la partie dont il émane ne peut réparer la faute commise en le renouvelant. *Fautes valent exploits*, dit à ce sujet l'adage français [1]. *Exploit* ou *esplet* est employé ici dans le sens d'*errement*, et signifie d'une manière générale tout acte de procédure. On juge *selonc les erremens*. Le demandeur a-t-il violé la forme dans l'acte introductif d'instance, il n'y a pas à y revenir, le droit s'est épuisé par l'exercice, l'action est éteinte. Est-ce la réponse qui pêche contre la forme, celui dont elle émane est *non defensus* et, par voie de conséquence, condamné. Le vice de forme dans l'administration de la preuve entraîne la déchéance du droit de la fournir et la même amende que si la preuve avait échoué par des raisons de fait. Un appel irrégulier met le jugement à l'abri de toute attaque ultérieure et donne également lieu à une amende. En un mot, dans le droit ancien, la violation de la forme avait le résultat que formulent à l'occasion du serment les franchises de Lille : *à le loy et al usage de cheste ville en plaidiant on piert et waigne par entrepresure* [2].

Certains préceptes de forme avaient pour but d'assurer devant le tribunal le calme et l'ordre, ainsi que d'établir entre les divers actes de la procédure un lien nécessaire. Une amende en était la sanction.

III. L'IMMUTABILITÉ DE LA PAROLE.

Un homme, une parole (Ein Mann, ein Wort), c'était le mot de la procédure allemande. Ainsi que Siegel l'a récemment démontré, le sens de cet adage est que la parole prononcée devant la justice ne pouvait être rétractée. Se rétracter, en effet, est contraire à la dignité de l'homme, à la fermeté et

[1] V. Leroux de Lincy, *le Livre des proverbes français*, II, 343, et Loysel, *Institutes coutumières*, éd. Dupin et Laboulaye, Paris, 1846, II, 111 (L. V, tit. 1, n° 8). Le sens de cet adage est controversé. Laurière entend par exploit la citation et Davot la condamnation contre la partie défaillante, (V. Loysel, *l. c.*). L'explication que nous donnons ci-dessus est neuve. Dans les sources le mot *exploit* a fréquemment le sens d'errement.—Comp. Dupin et Laboulaye, *Glossaire de l'ancien droit français*, 56, c. 2 : Exploit, *expletum*, acte judiciaire.—Ragueau, Laurière *Glossaire du droit français*, 448.

[2] Roisin, *Franchises, lois et coutumes de la ville de Lille*, 32, n° 2 (édité par Brun-Lavainne, Lille, 1842).

Digitized by Google

à la constance que le peuple attend de lui [1]. Le même principe dominait la procédure française, et le dicton populaire le formule avec sa raison d'être : « *Un homme d'honneur n'a que sa parole.* » Une fois prononcée, la parole liait celui à qui elle était échappée, eût-il mille motifs de la regretter. Cela se redisait sous forme d'adages :

« *Parole une fois volée*
« *Ne peut plus estre rapelée* [2]. »

« *Puis que la parrole est issue du corps, elle n'y puet jamais*
« *entrer* [3]. »

Si donc « *en fache de juge et en court revestue d'ommes* [4], » il arrivait à une partie de parler par mégarde à son détriment, *mesdire* [5], *mesparler* [6], *mesprendre* [7], *entreprendre au dire* [8], *maldire, maudire* [9], de faillir dans le langage, *défaillir de sa parole* [10], *faillir* [11], *faillir à sa parole* [12], de donner une explication imprudente et précipitée, *dire nicement* [13], *volagement* [14], il ne lui était loisible ni de rétracter, ni de rectifier, ni de compléter, ni de retrancher, *torner la parole arieres* [15], *rappe-*

[1] *Die Erholung und Wandelung im gerichtlichen Verfahren*, 4.

[2] *Le roman de la Rose*, par Guillaume de Lorris et Jean de Meun (Amsterdam, 1735), v. 17416. — Conf. Leroux de Lincy, II, 279.

[3] *Proverb. gall.* dans Leroux de Lincy, II, 286.

[4] *Ancien coutumier inédit de Picardie*, éd. Marnier (Paris, 1840), 27, ch. 28.

[5] *Li usage de Borgoigne*, ch. 2, éd. par Marnier sous le titre : *Ancien coutumier de Bourgogne*, Paris, 1858.

[6] De Fontaines, XI, 8 et *passim*.

[7] Jean d'Ibelin, ch. 28.

[8] Roisin, *Franchises de Lille*, 32, n° 2; 33, n° 8.

[9] Jean d'Ibelin, ch. 26. *Le roman du Renart*, éd. Méon, v. 14800 et suiv. : Seignor fet il or m'entendez. — Si je dis mal si m'amendez.

[10] *Usage de Borgoigne*, ch. 2.

[11] *Roman du Renart*, v. 8879 et suiv. : Seignors fet il or m'entendez. — Et se je fail si m'amendez.

[12] *Abrégé du livre des assises de la Cour des Bourg.*, p. II, ch. 26. (Beugnot, II, 336 et suiv.)

[13] *Chronique de Bertrand du Guesclin*, v. 20914 (dans la collection de documents).— Comp. Beaumanoir, LXI, 51; LXIV, 3, et Chabaille, *Glossaire* faisant suite à l'édition de *Li livres de jostice et de plet*, publiée par Rapetti (dans la collection).

[14] *Anciennes coutumes de Picardie* (Marnier), 27, n° 28; 123, n° 10.

[15] *Assises de la Cour des Bourg.* (dans *les Livres des assises et des usages de Jérusalem*, éd. Kausler), art. 133.

Digitized by Google

ler[1], *ressortir, reuser*[2], *desdire*[3], *contredire*[4], *se desadvoer, amender*[5], *metre amendement*[6], *adjouster*[7], *ne metre ne oster*[8]. L'adversaire et, dans certains cas, le juge pouvaient la prendre au mot, invoquer le *mesditum*[9], *maleloquium, stultiloquium*[10], *mesdit*[11], *maldit*[12]. *mesparlers*[13], *mislocutio*[14], la parole *nice* et *fole*[15] et s'en prévaloir.

La règle du droit allemand que quiconque a prononcé en justice une parole qui a frappé les oreilles du juge et de ses assesseurs, ne peut rien dire à l'encontre[16], est énoncée d'une manière analogue dans les sources de l'ancien droit français.

Jean d'Ibelin, ch. 11 : « *Qui dit sa parole en court, se il i faut ou mesprend, il n'i peut amender.* » Ch. 27 : « *Qui dit parole par sei en court, il ne le puet puis desdire ne neer.* »

Cour des Bourgeois, ch. 133 : « ...*Se celuy de cui est li plais diseit parole, qui li deust torner a damage, il ne la peut torner arieres puisqu'il l'a dit, se celuy veut o cui il plaidie par ce que il o ses conceaus l'ait entendue.* »

De Fontaines, XII, 8 : « (*Li sires*) *ne puet riens amender en son dit*[17]. »

[1] De Fontaines, XI, 8 et *passim*.

[2] Crestien de Troies, *Li romans dou chevalier au lyon* (éd. par Holland), v. 3678.

[3] Jean d'Ibelin, ch. 27. — *Olim*, II, 771.

[4] *Grand coutumier de Normandie*, ch. 64, dans Bourdot de Richebourg, *Coutumes générales*, IV, 27.

[5], [6] Cons. *infrà* le paragraphe sur l'amendement de la parole.

[7] *Anciennes constitutions du Châtelet*, art. 35.

[8] Beaumanoir, V, 7.

[9] *Grands rôles des échiquiers de Normandie*, 2, col. 1, dans les *Mémoires de la Société des antiquaires de Normandie*, 2e série, 5e vol.

[10] Delisle, *Recueil de jugements de l'échiquier de Normandie*, 31, n° 116. — *Grands rôles, l. c.*, 7, col. 2 et *passim*.

[11] De Fontaines, rubrique du ch. XI.

[12] De Fontaines, XI, 9. — Maudit, dans du Cange, gl. VII, 228, est défini d'une manière trop restreinte : ce qui est avancé mal à propos par un avocat dans la défense d'une cause.

[13] De Fontaines, XI, 8.

[14] *Leges Henrici I*, c. 23, dans Schmid, *Histoire des Anglo-Saxons*. Le terme Anglo-Saxon est Miskenninge. — Ch. Stephans dans les *Statutes of the Realm*, I, 3, et du Cange, gl. IV, 432.

[15] Conf. *Li roman dou chevalier au Lyon*, v. 6389.

[16] Siegel, *Erholung*, etc.

[17] Marnier, 71, variante dans la note 2.

Digitized by Google

Beaumanoir, V, 5 : « *Quant il dit aucunne coze qui li est contraire, il n'i pot metre amendement.* »

Jean Desmares, *Décisions*, § 412 : « *Cil qui parle de sa querelle, ne puet pas desadvoer.* »

Ce principe n'est pas resté confiné dans les livres de droit. La poésie s'en est emparée pour en faire, soit le nœud d'une action, soit le sujet de complications ou d'incidents inattendus. Crestien de Troies en offre de remarquables exemples dans Li Romans dou chevalier au Lyon[1] imité en Allemagne par Hartmann von Aue dans le poëme d'Iwein[2].

Parmi les monuments de l'ancienne jurisprudence apparaissent çà et là des arrêts où le même principe est appliqué. Telle est, au recueil des *Olim*[3], une décision rendue en 1273 dans l'espèce suivante : *Abbas et conventus Brantolmensis* actionnent *Bernardus de Bordelia super feodo castri Bordelie* que le cloître prétend lui appartenir. En réponse à cette action, le défendeur nie absolument que le château litigieux soit un fief du cloître. Plus tard seulement et alors que sur cette dénégation pure et simple, *post negacionem hujusmodi*, les demandeurs avaient offert la preuve de leur prétention, il déclare tenir le fief du roi d'Angleterre et conclut au renvoi de la cause devant sa juridiction. Le droit de donner après coup, *cum simpliciter negavisset*, une explication nouvelle lui est contesté par les demandeurs, lesquels concluent à la non-recevabilité du déclinatoire, ainsi qu'à leur admission en preuve, et ces conclusions sont adoptées par le Parlement. *Tandem auditis hinc inde propositis cum ante advocacionem hujusmodi* (avant le recours au déclinatoire) *dictus B. simpliciter negavisset, judicatum fuit, quod dictus B. non haberet reditum* (*in curiam regis Angl.*) *quem petebat, sed admitterentur ad probandum feodum suum Abbas et conventus predicti.*

Les Raisons et Articles... de Saint-Dizier[4] offrent deux solutions saisissantes. Cette ville relevait, malgré son éloignement, de la Cour supérieure d'Ypres. Dans les cas difficiles, ses échevins envoyaient des délégués à Ypres pour se rensei-

[1] V. 3666 et suiv., 6367-6370, 6376-6894.
[2] V. 4141 et suiv., 7655-7671.
[3] I, 940, n° 41.
[4] Éd. par le comte Beugnot dans le supplément du 2e vol. des *Olim*, p. 718 et suiv.

Digitized by Google

gner sur le droit[1]. Le recueil de ces consultations et des jugements rendus en conséquence est d'autant plus précieux pour le sujet de cette étude que le droit flamand a en général suivi les mêmes errements que le droit français, et que, sur le point qui nous occupe, le droit de la ville d'Ypres qui régissait Saint-Dizier présente avec le droit français une parfaite similitude.

En 1344, figurait dans une instance devant les échevins de Saint-Dizier un bourgeois de cette ville nommé Demengins, en qualité de représentant du défendeur[2]. Le tribunal lui enjoignit par jugement de répondre à la demande. Au lieu de fournir sa réponse, il se prit à demander *jour de conseil*, et ce sans aucune réserve, *tout simplement*. A l'instant, le bailli le déclare passible d'amende, parce que *il est aleiz contre rapport des eschevins*. Demengins observe que si une amende est encourue, ce n'est pas lui, mais sa partie, qu'elle doit atteindre. Au surplus, n'a-t-il pas, par une explication ultérieure, déclaré qu'il se bornait à demander le délai, *se bonnement il le povait avoir et non autrement?* Le bailli n'admet pas qu'il ait pu ainsi modifier la parole prononcée, et ajouter une condition de nature à dissimuler le refus indirect de répondre de suite et la désobéissance envers les échevins. Peu importe qu'après coup il n'ait demandé le délai qu'à titre de faveur; primitivement sa demande a été faite sans aucune réserve. Les échevins d'Ypres partagent la manière de voir du bailli; ils déclarent inefficace le correctif apporté à une déclaration entachée d'un vice originaire. Demengins a contrevenu au jugement des échevins en demandant jour de conseil alors qu'on l'intimait de répondre à la demande formant l'objet du litige. Il a donc encouru une amende de 60 livres envers le seigneur justicier et de 10 livres envers chacun des échevins qui composaient la Cour.

Pareille amende fut prononcée pour le même motif dans un autre procès contre le défendeur Jehanson Berangon[3]. Les échevins lui avaient enjoint de répondre à la demande. Il sollicita un délai à l'effet de se munir d'un conseil, *por quoy*

[1] Beugnot, *notes sur les Olim*, II, 899 et suiv.
[2] *Olim*, II, 744, n° 56.
[3] *Olim*, II, 774, n° 114.

Digitized by Google

il puïst seurement respondre. En même temps il demanda un jugement qui décidât si ce délai était dans son droit. C'était contredire l'injonction des échevins. Sans se déplacer, Jehanson se ravise et donne son explication sur la demande intentée contre lui. Néanmoins le bailli déclare encourue l'amende de désobéissance. Le défendeur *dit qu'il ne c'est de rien mesfais pour tant, quar il estoit encore dans la piesse de terre et si respondist puis à la demande*. Le bailli réplique que Jehanson a méfait, bien qu'il ait fourni sa réponse sans avoir changé de place [1]. Car il l'avait d'abord refusée et il ne pouvait plus se rétracter : *il... ne povait desdire ce qu'il avoit jà dit, non obstant qu'il fust encore en la place et qu'il respondist puiz la parole dessus dicte, quar il avoit jà refusé à respondre, dont il c'est mesfais.* HECQUET DE ROQUEMONT.

(*La suite à une autre livraison.*)

PROJET D'IMPOT SUR LES TISSUS.

Par M. Nyst, ingénieur à Liége.

En 1868, mon frère, M. Emile Nyst, qui se trouve à Liége à la tête d'un grand commerce de tissus, m'engagea à chercher une machine économique pour mesurer les étoffes, m'assurant qu'on ne se fait pas une idée de la main d'œuvre perdue à cette opération, et des économies de temps et de personnel à réaliser. Convaincu par ses arguments, je fis des recherches, mais bientôt j'acquis la conviction qu'il était impossible de trouver une machine qui ne donnât lieu à de nombreuses erreurs, tant par suite de l'inattention de la personne chargée de la conduire, que par suite des différents degrés d'élasticité des divers tissus. J'abandonnai donc l'idée d'une machine à mesurer, et je songeai à trouver une mesure qui coûterait assez peu pour qu'elle puisse être vendue avec le tissu, sans en augmenter sensiblement le prix.

[1] Le défendeur devait généralement satisfaire, sans se déplacer, au jugement qui lui ordonnait de répondre. Mais il n'y avait pas à rechercher dans l'espèce si Jehanson avait ou non conservé sa place. Car ce n'était pas pour vice de forme dans la réponse que le bailli infligeait l'amende, mais pour refus de répondre en demandant jour de conseil.

Digitized by Google

Ce système me permettait de réaliser la plus grande somme d'économies, car, la mesure étant permanente, je supprimais tous les mesurages qui se font à chaque changement de propriétaire.

A première vue, le plus simple serait d'imprimer la mesure sur les tissus, mais cela est encore impossible, par suite de la tension uniforme qu'il faudrait donner aux tissus au moment de leur passage sous le cylindre imprimeur. J'eus donc l'idée de faire des bandes en papier divisées exactement en mètres, décimètres et centimètres; ces bandes en papier mince, bien collé et fort, ne présentent aucune élasticité, et appliquées bien à plat sur toute la longueur du tissu, elles doivent en donner la mesure d'une manière rigoureusement exacte.

Pendant deux ans j'étudiai, avec mon frère, les avantages et les inconvénients que pourraient présenter ce système, la manière d'appliquer les bandes, le papier et la colle à employer, etc. Nous eûmes la satisfaction de constater les plus grands avantages et peu ou point d'inconvénients sérieux.

Nous allions donc nous adresser aux producteurs pour les engager à vendre leurs étoffes munies de bandes métriques et nous avions pour les y engager cet argument que, pour une très-faible dépense, leurs produits jouiraient bientôt d'une faveur exceptionnelle, par suite de l'exactitude de mesure et de l'économie de main-d'œuvre que trouveraient le marchand, le détaillant et les consommateurs dans la permanence de cette mesure.

Alors survinrent, en France, les préoccupations de la création de nouveaux impôts, et parmi ceux-ci il fut question d'un impôt sur les tissus, ce qui nous suggéra l'idée de faire des bandes métriques l'objet d'une taxe. Quoi de plus naturel et de plus juste? Les avantages de l'invention subsisteraient intactes pour les marchands et les consommateurs, et le gouvernement y trouverait la source d'un grand revenu qui ne coûterait presque rien au public.

Je pris donc la résolution d'offrir mon invention au gouvernement français, et je sollicitai une audience de M. le ministre des finances, qui me fut accordée avec empressement; mais, à mon arrivée à Paris, M. Pouyer-Quertier avait été obligé d'entreprendre son voyage à Berlin, et mon audience

Digitized by Google

était remise à trois semaines. J'eus alors l'avantage de faire la connaissance de M. Batbie, membre de l'Assemblée nationale, auquel je présentai mon système et qui l'accueillit de la manière la plus encourageante.

M. Batbie me procura l'honneur d'une audience de M. le président de la République, et quoique je ne veuille engager en aucune façon son opinion, je crois pouvoir dire que M. le président de la République a pris grand intérêt à la chose, a jugé cet impôt bien préférable à un impôt sur le revenu et ne m'a laissé aucun doute sur l'opportunité de persévérer dans la voie que je m'étais tracée et d'attendre à Paris le retour de M. Pouyer-Quertier.

Malheureusement, M. le ministre des finances, dans un court entretien, examina la chose exclusivement au point de vue du fabricant. Or, le fabricant, s'il fournit son tissu tout achevé au commerce, se plaindra que la charge de cet impôt retombera sur lui au profit des marchands et des consommateurs, puisqu'il aura à débourser le prix de la bande métrique et qu'il aura la peine de l'appliquer sur le tissu. Mais la première partie de cette objection n'est pas sérieuse, puisque le fabricant ajoutera le débours au prix de revient du tissu et le fera payer par l'acheteur. Quant à la peine d'appliquer la bande, je démontrerai plus loin qu'elle n'est pas plus grande que celle de mesurer les tissus à la façon actuelle.

Le seul inconvénient pour le fabricant sera donc une petite avance de fonds, mais qu'est-ce que cela en présence de l'intérêt de tout le pays, et quel est l'impôt auquel on ne pourrait faire d'autre reproche?

Reprenons maintenant la description détaillée de ce système, la discussion de ses avantages et des reproches qu'on pourrait lui faire.

DESCRIPTION.

Une loi ordonnerait que tous les tissus vendus en France, aussi bien ceux importés que ceux fabriqués dans le pays, devraient être munis d'une bande métrique indiquant, par la simple lecture du chiffre indicateur, le métrage des pièces ou coupes à n'importe quelle distance. Ces

Digitized by Google

bandes, fabriquées par le gouvernement, seraient en papier spécial gommé, très-mince et fort; elles porteraient la division exacte en mètres, décimètres et centimètres, plus des arabesques rendant la contrefaçon plus difficile. Il y aurait des bandes de diverses couleurs, correspondant à divers prix. Les bandes pour les tissus de première nécessité seraient, par exemple, blanches et se vendraient beaucoup meilleur marché que les bandes d'une autre couleur, qui seraient réservées pour les draps fins et autres étoffes d'un prix supérieur; les bandes pour les étoffes de luxe seraient d'une troisième couleur et se vendraient encore plus cher. Le produit de la taxe résulterait de la différence entre le prix de vente et le prix de revient des bandes, qui serait au plus de 20 centimes les 100 mètres. L'application des bandes est des plus simples : le tissu passe entre deux rouleaux d'un laminoir en même temps que la bande gommée et humectée qu'un petit guide maintient constamment à la lisière du tissu.

Au sortir des cylindres la bande adhère parfaitement. J'ai construit ce petit appareil : il vaut cinquante francs au plus, et est, par conséquent, à la portée de tous.

Mais, demandera-t-on, les tissus soumis à différentes opérations devront-ils payer chaque fois la taxe de la bande? par exemple, le calicot destiné à l'impression devra-t-il être muni d'une bande quand il sortira écru du tissage, d'une seconde bande quand il séra blanchi et enfin d'une troisième quand il sera imprimé? Évidemment ce serait là un abus et d'après notre idée le tissu ne devra être muni de la bande que dans l'état où il sera offert au consommateur direct, donc dans l'exemple cité, après avoir été imprimé.

CONTROLE.

Le contrôle serait des plus simples et se ferait par les commerçants eux-mêmes. De même qu'aujourd'hui personne n'accepterait une traite sans timbre parce qu'il s'exposerait à une forte amende, de même le marchand n'accepterait aucun tissu sans bande puisqu'il serait toujours exposé à la visite de l'inspecteur chargé par le gouvernement de la vérification des poids et mesures.

Digitized by Google

Enfin le public fera le contrôle en dernier ressort, car quand cette invention sera entrée dans les mœurs, chacun sachant la sécurité de mesure que donne ces bandes, les exigera.

Contrefaçon. — Je pense que la contrefaçon n'est pas à craindre, car pour produire ces bandes à un prix inférieur à celui auquel le gouvernement le débite, il faudra un appareil très-compliqué et coûteux; imprimant, gommant et découpant à la fois. Cet appareil ne sera pas à la portée de tous, et, la bande valût-t-elle cinq francs, le faussaire en employant les moyens à sa disposition, n'y trouverait pas une rémunération suffisante de son travail. Il se livrerait avec plus de profit à la contrefaçon des timbres-poste, coupons d'intérêt ou billets de banque. En outre, le papier, par sa qualité et surtout par sa forme de bande étroite et fort longue sans solution de continuité, ce qui ne se trouve pas dans le commerce, serait encore un grand obstacle à la contrefaçon.

Réemploi. — Si l'on objecte que le gouvernement pourrait être frustré par l'emploi à différentes reprises de la même bande, je répondrai d'abord par la grande difficulté de détacher la bande, en entier, du tissu, et ensuite par la considération que cela ne pourrait, en tous cas, avoir lieu que pour les pièces livrées entières au consommateur. En ce cas, la bande devrait être gommée à nouveau et cette main d'œuvre ajoutée à celle qu'il faut pour détacher la bande, permet de me servir ici du dicton vulgaire mais exact : Le jeu ne vaudrait pas la chandelle.

En outre, dans la généralité des cas, les tissus sont vendus en détail et alors la bande se trouve découpée en coupons comme le tissu et détruite par ce seul fait. Enfin, si on exigeait un surcroît de précaution contre cet abus, rien ne serait plus simple que de demander à celui qui appliqne la bande de l'annuler au moyen d'un timbre ou cachet.

Avantages. — Le premier avantage serait une énorme économie de main-d'œuvre, car dans l'état actuel, chaque pièce est mesurée chaque fois qu'elle change de propriétaire, et, de plus, les négociants mesurent encore chaque pièce entamée quand ils font leur bilan.

Il n'est donc pas téméraire d'affirmer que chaque pièce

Digitized by Google

est mesurée, en moyenne, six fois, alors qu'elle ne le serait plus qu'une seule fois au moyen des bandes métriques.

De là, une économie dont on ne pourrait apprécier l'importance que par le calcul suivant : Un employé mesurant un mètre par seconde et travaillant 300 jours de dix heures, mesurerait par année 10,800,000 mètres, c'est-à-dire qu'il faudrait pour mesurer une fois les 25,480,000,000 mètres (que produit l'Angleterre), 2,360 employés constamment occupés à mesurer. En supposant qu'on ne supprime que quatre mesurages de chaque pièce, on supprimerait quatre fois le nombre d'employés nécessaires c'est-à-dire 9,440 employés lesquels à raison de 1000 francs par an, constitueraient un capital économisé de 9,440,000 francs, ou plutôt un bénéfice d'environ dix millions affectés au commerce des tissus en France.

Le second avantage est l'exactitude mathématique du mesurage d'après la longueur réelle du tissu. Aujourd'hui, le système le plus employé est le mesurage au crochet ou rectomètre qui se réduit à produire des plis de longueurs égales; cette longueur multipliée par le nombre de plis donne la mesure de la pièce. Mais les plis ont rarement la longueur que le vendeur leur attribue par suite de la tension qu'on a donnée au tissu au moment de le plier et s'il ne manque qu'un centimètre, celui-ci multiplié par un grand nombre de plis donne un produit qui n'est pas à négliger pour les tissus ordinaires et qui devient exorbitant pour des tissus de grande valeur comme les soiries.

De là les contestations qui existent aujourd'hui d'une manière permanente entre fabricants et négociants, entre négociants et consommateurs. Avec les bandes métriques, au contraire, la mesure qui règle les rapports entre fabricants et marchands règle aussi les rapports entre marchands et consommateurs, et cette mesure est invariable et indiscutable.

Le fabricant honnête ne se verra plus exposé à l'avilissement de ses prix par des concurrents peu scrupuleux d'user de la fraude.

Pour les détaillants, je signalerai comme un avantage sérieux la faculté de faire facilement leurs bilans avec des pièces mesurées d'avance. Tel détaillant qui renonce à faire son inven-

Digitized by Google

taire par suite du temps nécessaire pour remesurer son fonds, n'hésitera plus à le faire au moins une fois par an et marchera d'un pas plus assuré dans la voie de la prospérité fermée à tant d'autres qui ignorent leur situation exacte.

Évidemment, les tissus destinés à l'exportation seraient affranchis de l'application des bandes, ou bien la valeur de celle-ci serait rendue à la frontière pour ne pas mettre l'industrie française dans des conditions désavantageuses vis-à-vis de la concurrence étrangère. Si cela est possible, mieux vaudrait rembourser la valeur du bénéfice réalisé à l'exportateur, car la bande donnera un cachet irréfutable aux produits français dont la réputation est universelle. Aujourd'hui, en Belgique et probablement ailleurs, on vend peut-être 50 p. 100 de soiries allemandes ou suisses comme soiries de Lyon. Cette fraude ne serait plus possible et comme les produits de l'industrie lyonnaise sont toujours préférés même à un prix supérieur, il ne serait pas étonnant de voir augmenter considérablement l'exportation des soiries après adoption des bandes métriques.

Il est vrai que les producteurs étrangers pourraient venir acheter des bandes en France pour les appliquer sur leurs tissus, mais dans ce cas, la caisse du gouvernement profiterait de tout le bénéfice.

Notons encore que par suite des prix différentiels des bandes, suivant le degré de luxe des tissus, l'impôt serait par excellence un impôt proportionnel à la dépense et au luxe qui atteindrait légèrement le prolétaire.

Enfin, n'oublions pas que ce système annulerait complétement le mesurage à l'aune, au pan, etc. La mesure légale serait désormais la seule employée à l'exclusion de toutes les mesures anciennes qui subsistent encore, malgré une lutte de soixante-dix années contre la routine, ce terrible adversaire de tout ce qui est nouveau, de tout ce qu'on appelle progrès.

Cette routine sera aussi la plus grande entrave à l'adoption des bandes métriques; mais, pour un gouvernement fort, n'est-ce pas une mission digne d'envie et remplie de gloire que de vaincre un tel adversaire?

Rapport ou produit. — Malgré plusieurs démarches et de nombreuses recherches, il m'a été impossible d'obtenir aucun

Digitized by Google

renseignement sur la consommation des tissus en France. Seulement on peut juger combien elle doit être grande par ce fait que la fabrique de M. Pouyer-Quertier seule produit 100.000 mètres par jour. Aussi je crois pouvoir avancer que la production française n'est pas de beaucoup inférieure à celle de l'Angleterre. Or, pour celle-ci, il y a un chiffre connu qui est de 28 milliards de yards par année, ou 255 millions de pièces de 100 mètres. En vendant les 100 mètres de bande à la moyenne de 1 franc, c'est-à-dire avec 80 centimes de bénéfice, le produit serait de 203.840.000 francs.

Ainsi, pour un impôt d'un centime par mètre, un produit net de plus de 200 millions.

En admettant que la production en France soit moindre, le produit pourrait bien rester le même, car le prix d'un franc les 100 mètres (la base de mon calcul) serait, d'après ma proposition, la moindre taxe, tandis que pour les tissus de luxe elle pourrait être portée de 1 à 5 francs les 100 mètres.

Ce serait bien peu de chose en effet qu'une taxe de 5 centimes par mètre sur des tissus tels que les soies, velours, brocarts, etc., valant jusqu'à 40 francs le mètre; or, justement la fabrication de ces tissus est plus répandue en France qu'en Angleterre, et la forte taxe compenserait la différence sur la quantité.

CONCLUSIONS.

En résumé donc, au moyen des bandes métriques qui constitueraient une taxe de 1 à 5 centimes par mètre suivant la richesse des tissus, on créerait un impôt d'un contrôle facile, garantissant la mesure, évitant toute discussion entre acheteur et vendeur, généralisant le système métrique, donnant un cachet irréfutable aux produits français, un impôt qui serait proportionnel au luxe, qui ferait bénéficier le commerce des tissus de 10 millions de main-d'œuvre, et qui rapporterait à l'État 200 millions. NYST.

Digitized by Google

L'ARCHIVIO GIURIDICO DE BOLOGNE [1],

pendant ses trois premières années, avril 1868 à mars 1871.

Compte rendu par M. Ernest Dubois,
professeur à la Faculté de droit de Nancy.

J'ai signalé aux lecteurs de la *Revue*, il y a environ trois ans (v. t. XXXIV, numéro de mars 1869), l'apparition d'une revue de droit fondée à Bologne, sous le titre d'*Archivio giuridico*, par M. Pietro Ellero, professeur de droit criminel à l'Université de cette ville. Les premières livraisons de cette publication m'avaient assez favorablement prévenu en sa faveur pour que je pensasse à propos d'appeler sur elle l'attention.

Les espérances que donnaient les premiers numéros de l'*Archivio giuridico* se sont réalisées; ce recueil est aujourd'hui à sa quatrième année d'existence et occupe une place honorable parmi les revues de droit des différents pays, tant par le nombre, l'importance et la variété des sujets qui y sont traités que par la science et le talent dont font preuve plusieurs de ses collaborateurs. Il a changé de direction environ un an après sa fondation; depuis mai 1869 il est dirigé par M. Filippo Serafini, professeur de droit romain à l'Université de Bologne. Ce changement de direction n'en a nullement modifié le caractère : il n'a cessé de poursuivre le but marqué par son fondateur dans le *manifeste* dont j'ai donné dans la *Revue* une courte analyse [2].

En avril 1871, l'*Archivio giuridico* comptant trois années et six volumes, il en parut une table alphabétique générale fort complète et très-ingénieusement composée. Une seule table en comprend deux, celle des sujets traités et celle des auteurs des articles; les premiers se distinguent des seconds par la

[1] L'*Archivio giuridico* paraît par livraisons mensuelles d'environ 100 pages. L'abonnement se fait par semestre : 10 fr. pour l'Italie, 11 fr. pour la Suisse, 12 fr. pour les autres pays étrangers. — Bologne et Vienne, G. Manz.

[2] Le nouveau directeur, M. Serafini, en faisant connaître le motif de ce changement de direction (M. Ellero venait d'être frappé dans ses plus chères affections), déclare son intention de ne s'écarter en rien du programme tracé par le fondateur de l'*Archivio*, V. t. III, p. 227.

Digitized by Google

différence du caractère d'impression. Le même article figure au moins deux fois, à l'ordre alphabétique de la matière traitée, et à celui du nom de l'auteur. On trouve ainsi, dans une table unique, sous le nom de chaque auteur la liste de tous les articles qu'il a publiés, et au nom de chaque matière, celle de tous les auteurs qui en ont traité.

La bibliographie y est soigneusement indiquée; le nom de l'auteur dont l'ouvrage est l'objet d'un compte rendu figure à son ordre alphabétique; le nom de l'auteur du compte rendu figure également à son ordre alphabétique où est mentionné son article bibliographique; une troisième indication se trouve à l'ordre alphabétique de la matière sur laquelle est écrite l'ouvrage dont il a été rendu compte; enfin au mot *bibliographie* on trouve un renvoi à tous les noms des auteurs de comptes rendus.

Il est toutefois une table qui manque, c'est la table générale méthodique, c'est-à-dire suivant l'ordre des grandes divisions de la science. C'est cette espèce de table que je vais faire ici : c'est, si je ne me trompe, la meilleure manière de faire connaître l'*Archivio giuridico*, et celle qui peut rendre le plus de services à ceux qui voudraient y chercher quelque chose.

DROIT ROMAIN.

Conciliation de la loi 36, Dig., *De acquirendo rerem dominio* (XLI, 1), avec la loi 18, Dig., *De rebus creditis* (XII, 1), (des effets de l'erreur sur la *causa traditionis*), par F. Serafini, alors professeur à l'Université de Pavie, t. I, p. 51-62.

Importance juridique de la possession et des interdits en général, par Luigi Bellavite, professeur à l'Université de Padoue, III, 234-245.

Traité de la possession selon le droit romain comparé aux codes modernes, par le même, III, 511-523 ; IV, 583-604.

L'institution d'héritier *ex re certa* en droit romain, par Guido Padelletti, professeur à l'Université libre de Pérouse [1].

Nouvelles études sur les dispositions de dernière volonté remises

[1] L'université libre de Pérouse et les autres universités libres de l'Italie (Camerino, Ferrare, Urbin) ne sont pas des *universités libres* comme celles de la Belgique et dans le sens où cette expression est généralement prise en France. V. mon étude sur la *Réforme et la liberté de l'enseignement supérieur en général et de l'enseignement du droit en particulier*, p. 18-21, Paris, Cotillon, 1871.

Digitized by Google

à l'*arbitrium* d'une tierce personne, d'après le droit romain et le Code civil italien, par F. Serafini, IV, 166-185.

De la *confessio* en droit romain, par Giuseppe Pantano, avocat [1], VI, 113-123.

HISTOIRE DU DROIT ROMAIN.

Les magistrats sous les rois et sous la république de Rome dans la justice civile, par Giacinto Calgarini [2], I, 184-190.

Les caractères de la magistrature romaine, par le même, I, 250-255.

La table de bronze trouvée récemment aux environs de Cles, dans le pays de Trente, par F. Serafini, III, 360-364. — (Procès-verbal de la découverte.)

La table de Cles, *tabula clesiana* ou *tabula anaunensis*, études archéologiques, par Francesco Schupfer, professeur à l'Université de Padoue, III, 559-591.

Les tables de Salpensa et de Malaga, nouvelles observations (de Arndts contre Asher), par F. Serafini, II, 666-673.

DROIT ITALIEN.

De la restauration du droit italien, par le comte Federigo Scolpis, ministre d'Etat, sénateur, I, 101-8.

De l'unification législative dans la Vénétie, par Domenico Giuriati, III, 307-322.

Même sujet, et observations sur le rapport de la commission parlementaire y relatif, par Giampaolo Tolomei, recteur de l'Université de Padoue, professeur et directeur du Studio giuridico-politico, III, 323-346.

DROIT CIVIL ITALIEN.

Des droits civils et de leur jouissance, par Giuseppe Buniva, professeur à l'Université de Turin (depuis président de la Faculté de droit), III, 61-74.

Du mariage célébré devant l'Eglise dans l'Italie méridionale avant la publication du code italien et de ses effets juridiques sous la législation abolie et sous la législation actuelle, par G. Carnazza

[1] Il est d'usage en Italie de prendre plutôt le titre d'avocat que celui de docteur en droit.

[2] Souvent les noms des auteurs d'articles insérés dans l'*Archivio* ne sont pas suivis de l'indication du titre de professeur, avocat, ou autre qui leur appartient. J'y ai suppléé toutes les fois que j'ai pu le faire, d'après ce qui m'était connu d'ailleurs, mais je ne l'ai pas toujours pu.

Digitized by Google

Amari, professeur extraordinaire à l'Université de Catane, II, 505-521, 623-642.

Du recours des descendants dans le cas où les ascendants refusent leur consentement au mariage : nouvelle interprétation de l'art. 67 du code civil italien, par le docteur Antonio Silva, VI, 513-521.

De l'erreur dans la personne considérée comme empêchement au mariage, par G. Buniva, V, 454-461.

De l'erreur dans la personne considérée comme cause de nullité du mariage, par Carlo Castellini, avocat, V, 218-244.

Sens des mots *erreur dans la personne* comme cause d'annulation du mariage, par Adolfo Pallotti, avocat, VI, 231-267, 289-313.

Capacité juridique de la femme selon la législation italienne, par Pietro Frugoni, IV, 471-511.

De l'autorisation maritale et judiciaire, d'après le code civil italien, par Antonio Scotti, IV, 387-435.

De l'incapacité de la femme mariée, par A. Fulci, professeur à l'Université de Messine, V, 451-453.

Si la femme peut s'obliger pour son mari et en général contracter avec lui sans autorisation de justice, par A. Scotti, V, 605-617.

Des baux d'immeubles à longue durée faits par la femme mariée, par Emidio Pacifici Mazzoni, professeur à l'Université de Modène (nommé depuis à Rome), IV, 656-7.

L'acte de reconnaissance d'un enfant naturel doit-il être dressé par l'officier de l'état civil, ou par un notaire ? article du même, V, 172-3.

Interprétation de l'art. 725 du code civil italien (indignité de celui qui aura tué ou tenté de tuer le *de cujus*), par G. Colombo Quattrofrati, V, 618-627.

Sur la quote héréditaire du frère consanguin ou utérin en concours avec le frère germain ou des ascendants, d'après les art. 740 et 741 du Code civil italien, par Filippo Milone, II, 184-194.

Même sujet, par E. Pacifici Mazzoni, II, 288-302, 392-405 ; V, 136-154.

Sur les successions en déshérence laissées par des étrangers (discussion à la Société des sciences juridiques et politiques de Turin, présidence de M. G. Buniva), V, 396-402.

Des dispositions de dernière volonté remises à l'arbitraire d'un tiers, par F. Serafini, IV, 166-185.

De la force probante du testament olographe, par G. Buniva, I, 242-249.

De l'exécution du testament olographe, par Auguste Franchetti, avocat, I, 405-438.

Caractère juridique du partage fait par les ascendants entre leurs descendants et ses effets, par C. Castellini, III, 723-731.

Digitized by Google

De la perfection des contrats par correspondance, par le docteur Giuseppe Pigozzi, VI, 3-59.

Rescision de la vente pour cause de lésion, commentaire des art. 1529-1537 du Code civil italien, par Enrico Precerutti, professeur à l'Université de Turin, IV, 227-242.

Le droit du preneur dans le contrat de louage est-il personnel ou réel, par E. Pacifici Mazzoni, IV, 31-59. — Observations, par le même, sur la prétendue reconnaissance de la nature du droit réel du preneur, attribuée par erreur à la cour de cassation de Turin, V, 245-252.

Responsabilité des preneurs en cas d'incendie, par le même, II, 77-102.

De la subrogation hypothécaire établie par l'art. 2011 du code civil italien, lorsqu'un créancier hypothécaire n'est payé qu'en partie par l'effet de la priorité d'un autre créancier, par Alfredo Bicci, avocat, IV, 1-17, 243-267. — Ce cas ingénieux de subrogation légale n'existe pas dans le droit civil français : il avait été admis en 1851 dans le projet de réforme hypothécaire (Vatimesnil) ; V. l'art. 2106 de ce projet.

La femme peut-elle, dans son contrat de mariage, renoncer entièrement à son hypothèque légale, par E. Pacifici Mazzoni, IV, 605-610.

L'article 1969, § 4 du Code civil italien, ou même question résolue de même, affirmativement, par E. Precerutti, VI, 60-76.

De la différence entre la durée des mois considérés comme délai de prescription (art. 2133, code civil), et leur durée quand ils forment un délai emportant déchéance du droit, en général, de faire une demande judiciaire et du droit, en particulier, de demander le bénéfice de la séparation des patrimoines (art. 2057), par Antonio Silva, IV, 18-30.

PROCÉDURE CIVILE ET ORGANISATION JUDICIAIRE.

Juridiction et compétence, par Carlo Unico, avocat, VI, 314-338.

De la preuve par témoins dans les actions possessoires, par Maurizio Maltini, avocat, V, 342-7.

En matière de faux civil, le terme donné au plaignant pour produire les preuves du faux ne peut être prorogé, par Aug. Franchetti, avocat, IV, 186-198.

Des jugements par défaut d'après le code de procédure civile italien, par Antonio Scotti, avocat, IV, 630-645.

Pour la recevabilité de l'appel, n'est pas nécessaire la notification de la sentence de première instance, par Pietro Frugoni, VI, 268-272.

Digitized by Google

DROIT COMMERCIAL ITALIEN.

Réforme du code de commerce italien, par F. Serafini, IV, 225-6.

V. ci-après à la *Législation comparée*, d'autres articles concernant le droit commercial italien.

DROIT PÉNAL ITALIEN.

Considérations sur la responsabilité pénale moindre de la femme, par Luigi Stella, avocat, IV, 76-83.

De l'ivresse qui précède le délit, par Emilio Brusa, avocat, III, 163-180.

Le pour et le contre dans la question de la peine de mort : considérations critiques de C.-F. Gabba, par Giuseppe Buniva, professeur à l'Université de Turin.

De la blessure ou coup volontaire produisant la mort, par P. Grippo, avocat, V, 348-377, 511-534.

Sur le projet de code pénal pour le royaume d'Italie (présenté par la commission de rédaction au ministre de la justice, de Filippo, le 17 mai 1868), par Pietro Ellero, II, 316-336, 423-448.

Théorie de la récidive dans le nouveau projet de code pénal, par Filippo Ambrosoli, chef de division au ministère de la justice, membre de la commission de rédaction, 1, 62-86, II, 309-315.

Le projet de code pénal italien revu et modifié (présenté au ministre de la justice, Raeli, le 15 avril 1870), par Emilio Brusa, avocat, V, 549-601.

Le duel dans le projet de code pénal revu et modifié, par le même, VI, 191-405.

Des coalitions industrielles en face du projet de code pénal italien, par P. A. del Giudice, VI, 496-512.

La future législation pénale du royaume d'Italie, par Gustavo Sangiorgi, professeur à l'Université de Bologne, VI, 77-96.

PROCÉDURE PÉNALE ITALIENNE.

De quelques-unes des principales réformes introduites par le code actuel de procédure pénale (de 1865), dans la procédure pénale italienne, par Luigi Casorati, substitut du procureur du roi :

I. Attributions des *pretori* (juges de paix), III, 541-559 ;

II. Citation directe et procédure sommaire, III, 676-695 ;

III. Chambre du conseil, IV, 60-75 ;

IV. Mandats et renvoi, IV, 267-281 ;

V. Liberté provisoire, IV, 436-460 ;

Digitized by Google

VI. Interruption des débats et publication de la sentence, IV, 552-563 ;

VII. Mise en accusation, IV, 646-655 ;

VIII. Jugement par jurés, V, 155-171 ;

IX. Questions à poser au jury, V, 378-391 ;

X. Autres points relatifs au jugement par jurés, V, 535-548.

Sur les dispositions du code de procédure pénale relatives à la signature du juge d'instruction, par Alfredo Bicci, avocat, II, 643-658.

La prison préventive et l'application de la peine, par Gustavo Sangiorgi, IV, 132-138.

Observations ultérieures sur la prison préventive et l'application de la peine, par Francesco Carrara, professeur à l'Université de Pise, IV, 461-3.

Le jugement de renvoi, d'après l'art. 509 du code de procédure pénale, par Pietro Nocito, professeur à l'Université de Sienne, III, 392-412, 696-728 ; IV, 84-117.

Sur le résumé des débats dans les Cours d'assises, par Mario de Mauro, avocat, V, 464-472.

Observations ultérieures sur le résumé des débats par le président des assises, par Franc. Carrara, VI, 339-342.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

Le gouvernement et ses formes en général, la monarchie constitutionnelle en particulier, par Dionigi Sicuro, IV, 118-131

La fonction politique du pouvoir judiciaire, par Attilio Brunialti, V, 403-417.

Essai sur la république de Saint-Marin, par Pietro Ellero, I, 264-308 ; 361-404.

DROIT PUBLIC.

Les lois de la presse, par P. Ellero, III, 181-226 ; 294-306 ; 432-459 ; 609-654 ; 745-767. (Avec prolégomènes philosophiques, historiques et de législation comparée, spécialement sur la législation de la France et de l'Autriche.)

DROIT ADMINISTRATIF ITALIEN.

Pensées concernant un code administratif, par Vincenzo Tango, I, 309-326.

Des rapports juridiques entre l'Etat et les employés, par le même, III, 75-102.

Sur les juges auxquels doit appartenir la connaissance du con-

Digitized by Google

tentieux administratif, par le comte Luigi Cibrario, ministre d'Etat, sénateur, I, 203-289.

Principe juridique fondamental de la législation sur les mines, par Giovanni de Gioannis Gianquinto, professeur à l'Université de Pise, III, 367-391 ; 524-558.

La loi d'expropriation pour cause d'utilité publique (et souvenir de Giovanni Manni), par Vincenzo Tango, VI, 167-183.

De la responsabilité civile des propriétaires d'établissements industriels insalubres, incommodes ou dangereux, par Giuseppe Saredo, professeur et président de la Faculté de droit de Sienne (nommé depuis à Rome), III, 31-60.

DROIT INTERNATIONAL.

D'un projet de code international, lettre (en français) par le comte Fr. Sclopis à M. Jean Westlake, I, 505-519.

Les travaux sur le droit international maritime de Galiani, de Lampredi et d'Azuni, par Ercole Vidari, professeur à l'Université de Pavie, I, 219-241.

LÉGISLATION COMPARÉE.

Coup d'œil sur les réformes législatives en Italie et à l'étranger, par Enrico Precerutti, professeur à l'Université de Turin, IV, 512-551.

La loi d'abolition de la contrainte par corps des débiteurs, dans le parlement de l'Allemagne du Nord, par G. Padelletti, II, 195-204, 406-414, 522-531.

Droit civil comparé : Des successions légitimes, étude critique de législation comparée, par C. Scandiani, V, 297-341 (descendants, ascendants, frères ou sœurs) ; 418-450 (autres collatéraux, enfants naturels); VI, 406-431 (conjoint survivant).

Droit commercial comparé : Les sociétés commerciales, selon la loi française du 24 juillet 1867 et la législation italienne, par E. Vidari, professeur à Pavie, III, 3,30 ; 129-153.

Etude critique de législation comparée sur la lettre de change, par le même, I, 520-581.

Caractère historique, économique et juridique de la lettre de change, par le même, III, 413-421 ; 592-608.

De quelques projets de lois récents (Suisse, Belgique, Indes anglaises, Italie) sur la lettre de change, par le même, VI, 368-380 ; 432-447.

De la responsabilité juridique des compagnies de chemins de fer en raison des transports de marchandises et de voyageurs : étude critique de jurisprudence et de législation comparée, par Carlo

Digitized by Google

Ferraris, avocat, IV, 282-308; et voir ci-après à l'*Économie politique.*

Droit pénal comparé : Le premier livre du projet de code pénal du canton du Tessin comparé à celui de l'Italie, par Emilio Brusa, avocat, V, 193-217.

Le jury en Autriche, par Tullio Beggiato, avocat, VI, 184-196.

Outre ces articles spécialement consacrés à la législation comparée, presque tous les travaux précédemment indiqués sur le droit italien renferment des comparaisons plus ou moins nombreuses avec le droit étranger, notamment avec le droit français, allemand et autrichien. Les citations de Pothier, Merlin, Toullier, Duranton, Troplong, Marcadé, Demolombe, Aubry et Rau y sont fréquentes. On y trouve, à l'occasion, des citations de Boitard, Faustin Hélie, Ortolan, Giraud, Laboulaye, Wolowski, Batbie, Gide, Huc, etc.

HISTOIRE DU DROIT.

Sur les sources du droit depuis la chute de l'empire romain jusqu'à la dissolution de celui des Carlovingiens, par Antonio Pertile, professeur et doyen de la Faculté juridico-politique de Padoue, III, 3-51.

La famille chez les Lombards, par Francesco Schupfer, professeur à l'Université de Padoue, I, 13-50, 114-183.

Documents inédits pour servir à l'histoire du droit : André Alciat, lecteur à Bologne, 1537-41, par B. Podestà, III, 347-55; 480-8; IV, 199-208.

Documents inédits pour servir à l'histoire des universités italiennes : Pérouse, 1339, 1342, 1457, par Guido Paddelleti, professeur à l'Université libre de cette ville, V, 494-504; VI, 97-111.

Sur un ancien manuscrit récemment découvert de l'*ars notaria Rainerî Perusini*, par Francesco Buonamici, professeur à l'Université de Pise, I, 191-6.

Le municipe, souvenirs historiques, par G. B. Marchesini, V, 3, 39.

La société milanaise à l'époque de la renaissance municipale, par Fr. Schupfer, III, 115-128; 252-293; 460-479; 732-754; IV, 309-328; V, 40-91; VI, 136-166.

Sur l'histoire du droit pénal dans la république de Venise, par Giulio Crivellari, substitut du procureur du roi, V, 473-493.

PHILOSOPHIE DU DROIT.

Sur les principes fondamentaux de la politique, par le comte Cesare Albicini, professeur et président de la Faculté de droit de Bologne, II, 115-133.

Digitized by Google

Spiritualisme et matérialisme dans le droit, par Antonio Cavagnari, *docente privato* à l'Université de Padoue, VI, 343-367; 448-480.

Considérations sur le principal facteur de l'égalité, par A. Catara-Lettieri, professeur à l'Université de Messine, I, 439-468.

La philosophie du droit de Michelet et la peine de mort dans la doctrine de Hegel, par Pasquale d'Ercole, V, 262-282.

L'impôt et le droit, par Vinc. Tango, III, 655-675.

ENSEIGNEMENT DU DROIT.

Rapport au conseil supérieur de l'instruction publique sur la distribution des cours dans les Facultés de droit, par Angelo Messedaglia, professeur à l'Université de Padoue (nommé depuis à Rome), VI, 209-230.

ÉCONOMIE POLITIQUE.

Les rapports du droit commercial avec l'économie politique et le droit civil, par Ercole Vidari, professeur à l'Université de Pavie, V, 92-135.

Diomede Caraffa, économiste italien du XVe siècle, par Vito Cusumano, avocat, VI, 481-495.

La situation économique en Autriche sous Marie-Thérèse, par Fr. Schupfer, professeur à Padoue, II, 52-76 ; 134-183 ; 219-287 ; 337-391 ; 449-504 ; 559-623.

STATISTIQUE.

De la statistique en général et de la statistique générale du royaume d'Italie en particulier, par Luciano Scarabelli, professeur d'histoire appliquée aux besoins de l'art et de critique artistique, près l'Académie des Beaux-Arts de Bologne, I, 327-334 ; 467-473 ; 582-594.

Court essai sur la statistique des morts violentes en Italie, III, 103-114, par le même.

Il me reste encore pour donner une idée complète des travaux publiés dans les six premiers volumes de l'*Archivio giuridico*, à mentionner deux sortes d'articles qui, par leur nombre et quelquefois par leur étendue y tiennent une place trop importante pour que je puisse les omettre, mais dont je ne puis signaler chacun d'une manière spéciale. Je veux parler des articles de jurisprudence pratique et des articles de bibliographie.

Digitized by Google

Indépendamment des observations critiques nombreuses que renferment beaucoup des articles précités de l'*Archivio* sur les décisions des cours et tribunaux, le directeur du recueil, M. Fil. Serafini publie périodiquement, depuis avril 1870, sous le titre de *Revue générale de la jurisprudence pratique civile et commerciale du royaume*, une sorte de répertoire alphabétique des décisions judiciaires les plus intéressantes; il les accompagne de notes substantielles. L'utilité de ce répertoire a été singulièrement accrue par la table générale des six volumes.

La bibliographie occupe une très-grande place dans l'*Archivio*, sans lui enlever d'ailleurs, non plus que la revue de jurisprudence pratique dont je viens de parler, le caractère principalement doctrinal et savant qu'avait en vue son fondateur. Ce n'est pas seulement la bibliographie juridique de l'Italie que l'on y trouve, mais encore parfois celle de la France, de la Belgique, de la Hollande, de la Suisse, et, d'une manière beaucoup plus régulière et plus complète, celle de l'Allemagne. Cette dernière est le plus souvent contenue dans une série d'articles publiés par M. Serafini sous le titre de *revue mensuelle du mouvement juridique en Allemagne*. En dehors de cette *revue* l'Archivio renferme un assez grand nombre d'articles bibliographiques sur des travaux allemands. Je citerai entre autres : ceux de Guido Padelletti sur le *calendrier romain* de Hecht (IV, 611-19) et sur le *Gaius* de Dernburg (IV, 619-629) ; celui de Ficker, sur le *Liber legis Langobardorum Papiensis dictus, edente Alfredo Boretio* publié dans les *Monumenta* de Pertz (IV, 658-662); celui de Fr. Buonamici sur l'*Histoire du droit en Italie* de Ficker (IV, 329-334) ; enfin de Soria sur les *Principes de la politique* de Holtzendorf (IV, 209-213).

Parmi les comptes rendus de travaux italiens, on peut remarquer les suivants : De Giorgi (II, 103-7), et G. Padelletti (III, 154-162) sur les *Legis actiones dans l'ancien droit romain* de Fr. Buonamici ; — Serafini (IV, 464-470) sur *La lettre de change* de Vidari ; — Vidari (IV, 574-583) sur *Le pouvoir électoral dans les états libres* de Palma.

Les articles bibliographiques sur des ouvrages français sont en général peu importants; le plus étendu est celui de P. Grippo (III, 495-507) sur l'ouvrage de M. Molinier, *La ré-*

Digitized by Google

pression du vol d'après les lois anciennes et la jurisprudence du parlement de Toulouse.

En entreprenant l'espèce de catalogue raisonné qui précède, je me suis imposé une tâche assez ingrate. Je ne regretterai cependant pas la peine qu'elle m'a coûtée, si j'ai éveillé chez quelques-uns des lecteurs de la *Revue* le désir d'en tirer parti, et si j'ai ainsi contribué, dans une mesure si faible qu'elle soit, à faire progresser chez nous l'étude de ce qui se fait, se pense et s'écrit à l'étranger. C'est une étude qui nous est aujourd'hui plus nécessaire que jamais [1].

ERNEST DUBOIS.

NOTICE NÉCROLOGIQUE.

Par M. ACCARIAS, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

La science du droit vient de perdre deux de ses représentants les plus distingués, M. le président Bonjean et M. Désiré Pilette.

M. Bonjean figurait depuis six ans environ dans le comité de rédaction de la *Revue Critique*, et à ce titre nous croyons accomplir un simple devoir en lui rendant ici un hommage bien justifié d'ailleurs par son talent et par la valeur de ses travaux. Né à Valence, en 1804, d'une famille originaire de la Savoie et qui n'était pas sans éclat, car elle avait fourni plusieurs membres au sénat de Chambéry et l'un d'eux avait marqué comme jurisconsulte, M. Bonjean fut orphelin dès l'âge de seize ans. Sans autre patrimoine que des traditions de famille qui l'obligeaient à bien faire, mais nourri de solides études et mû par un vif désir de parvenir, il adopta dès

[1] Oserai-je me flatter que mon travail sera de quelque utilité à la *Société de législation comparée*? Elle connaît déjà l'*Archivio*. V. divers passages de son *Bulletin* et notamment la communication de notre confrère M. du Buit (*Bulletin* de 1869, p. 22). De son côté l'*Archivio* la connaît, V. quelques mots sur elle du professeur Vidari, III, 358-9. — Plusieurs des auteurs d'articles ci-dessus mentionnés sont membres correspondants de notre Société.

Digitized by Google

lors cette simple et forte devise : *bonne conduite*, *travail*, *persévérance*, et c'est dans la pratique de cette même devise que trente ans plus tard, avec la double autorité de l'exemple et du succès, il engageait des ouvriers égarés à chercher l'amélioration de leur sort, plutôt que dans les séductions mensongères des systèmes socialistes [1]. Aidé par un professeur qui avait deviné ses aptitudes et pressenti son avenir [2], M. Bonjean vécut d'abord en donnant des leçons de mathématiques, et certainement la culture des sciences exactes contribua à lui assurer cette rectitude de jugement et cette sûreté de méthode qu'on remarque dans ses moindres productions. Plus tard, il vint à Paris faire son droit; reçu licencié avec distinction en 1829, puis docteur, il donna des répétitions de droit dans le double but de s'assurer des moyens d'existence et de se préparer à l'enseignement public. En 1837, un concours ayant été ouvert à la Faculté de droit de Paris, il s'y présenta, et sans nul doute la carrière de l'enseignement promettait de grands succès à cet esprit clair et exact secondé par une rare puissance de travail. Mais une indisposition grave l'arrêta au début même; et en 1838, changeant de direction, il se lança dans une autre voie qui lui convenait peut-être mieux encore parce qu'elle lui permettait d'allier à un plus haut degré la pratique à la théorie : il acheta une charge d'avocat au conseil du roi et à la Cour de cassation; et cette charge, alors simple titre nu, devint bientôt une des plus lucratives, grâce à l'activité et au savoir connu de son nouveau titulaire. Après la révolution de 1848, M. Bonjean qui, jusque-là, par force plutôt que par inclination, était resté étranger à la politique active, put se présenter à la députation dont sa fortune trop médiocre lui interdisait l'accès sous le gouvernement de juillet. Élu le premier, dans le département de la Drôme, avec une immense majorité, il siégea à l'Assemblée constituante, et se distingua dans les journées de juin par sa fermeté et son courage. A cette époque, où le bon sens de la France parut s'éclipser, et où l'on commença à établir entre l'ordre et la liberté cette

[1] Voir son écrit intitulé : *Socialisme et sens commun.*

[2] Le comte de Carpégna, à la mémoire duquel il dédia son *Traité des actions.*

Digitized by Google

fausse et fatale antithèse qui devait nous jeter sous les pieds d'un dictateur, il y eut peu de républicains qu'on n'accusât de socialisme, peu de conservateurs qu'on ne traitât de réactionnaires, et la vérité est qu'un très-petit nombre d'hommes eurent l'esprit assez bien équilibré pour se tenir à égale distance de ces deux excès. A tort ou à raison, les électeurs de la Drôme trouvèrent M. Bonjean trop conservateur, et il ne fut pas réélu en 1849. En 1850, pour des raisons qu'il serait indiscret de rechercher, peut-être pour se livrer plus entièrement à la politique, il vendit sa charge. Au mois de janvier 1851, dans un moment d'irritation réciproque entre le président de la République et l'Assemblée nationale, il fut appelé à faire partie d'un ministère de transition et occupa pendant quinze jours le portefeuille de l'agriculture et du commerce. Peu de temps après, il fut nommé avocat général à la Cour de cassation. Puis, quand l'édifice fragile de 1848 eut péri dans la nuit du 2 décembre, M. Bonjean passa au Conseil d'État où bientôt il présida la section de l'intérieur. Trois ans plus tard, un décret du 16 février 1855 l'élevait à la dignité de sénateur. Enfin, revenant à la magistrature, pour laquelle ses études et ses inclinations le désignaient d'une manière toute spéciale, il fut nommé premier président de la Cour de Riom, et en 1865 il remplaçait à la Cour de cassation, comme président de la chambre des requêtes, M. Nicias Gaillard prématurément enlevé à la magistrature et à la science.

M. Bonjean a beaucoup écrit, mais il a fait peu de livres. Comme la plupart des esprits qui se sentent une vocation juridique bien déterminée, il paraît avoir concentré ses premiers efforts sur le droit Romain, dont l'étude longtemps négligée en France venait de se relever grâce surtout à l'impulsion donnée par les savants rédacteurs de la Thémis. A leur exemple, s'inspirant de la grande méthode du XVIe siècle, il ne se contenta pas d'étudier les travaux des interprètes, qui, quelque remarquables qu'ils soient, ne nous disent jamais tout et souvent risquent de nous égarer dans la fantaisie des systèmes. Il alla droit aux sources, interrogeant les textes des jurisconsultes, les éclairant et les complétant par une connaissance approfondie de l'histoire et de la littérature Romaines. Son premier ouvrage fut une traduction des Institutes de Justinien, que je croirais inutile de mentionner si

Digitized by Google

l'auteur n'avait fait que tourner du latin en français; car, là où la forme considérée comme secondaire se sépare aisément du fond, et où, selon l'heureuse expression de Montaigne, « il n'y a que la matière à représenter », l'œuvre du traducteur est assez facile : il lui suffit d'être correct et exact. Mais la traduction de M. Bonjean, et c'est par là que peut-être elle eût mérité de ne pas tomber dans un complet oubli, est suivie de plusieurs appendices contenant les indications les plus essentielles à qui veut étudier sérieusement l'histoire externe du droit Romain et les destinées de ce droit depuis la chute de l'empire Romain. Là les étudiants de nos facultés trouveraient condensées avec une remarquable sobriété de forme, une foule de notions exactes que d'ordinaire ils possèdent mal parce qu'ils ont reculé devant la difficulté de les chercher dans le grand nombre de livres où elles se trouvent éparses. Ce premier travail parut en 1838, formant la première partie et en quelque sorte l'introduction d'un recueil de textes publié par M. Blondeau, alors doyen de la faculté de Paris. L'année suivante, M. Bonjean donna en deux volumes une *Exposition historique de la procédure civile des Romains ;* et en 1845, cet ouvrage, qu'il n'avait cessé de remanier et de compléter, arrivait à une seconde édition sous ce titre nouveau : *Traité des actions*, ou *Exposition historique de l'organisation judiciaire et de la procédure civile des Romains.* De tous les travaux juridiques de M. Bonjean, c'est là sans contredit le plus remarquable par la richesse du savoir et le seul qui se recommande par l'ampleur de la composition. L'analyser en quelques lignes serait impossible. Mais nous croyons pouvoir dire avec impartialité que, si le traité des actions ne contient pas beaucoup de vues originales et vraiment neuves, du moins il expose avec ordre et dans un langage admirablement lucide tout ce que nous savons de plus positif sur cette importante matière. M. Bonjean n'a peut-être pas fait avancer la science, il a peu découvert; mais il a constaté avec fidélité les principaux résultats acquis et les conjectures les plus probables, et aujourd'hui encore, après une période de plus de trente ans pendant laquelle se sont produits des travaux supérieurs au sien, notamment celui de Keller, l'homme qui n'aurait étudié la procédure romaine que dans le traité de M. Bonjean saurait tout ce qu'il y a d'essentiel et le sau-

Digitized by Google

rait d'une manière suffisante. Peut-être, cependant reprocherions-nous à l'auteur une forme un peu trop dogmatique, parfois des divisions commodes plutôt que fondées sur la nature des choses, une préoccupation excessive du droit français, et surtout un usage beaucoup trop discret de la méthode historique sans laquelle il est si difficile, pour ne pas dire impossible, de bien apprendre et de bien enseigner les sciences morales. Appliquée à une législation morte, et particulièrement à la législation Romaine, la méthode historique n'est pas seulement, en effet, la plus lumineuse et la plus féconde en résultats, elle est aussi la plus impartiale, et voici pourquoi : Celui qui n'envisage le droit de Rome qu'à un moment donné, même au moment de sa pleine maturité et de sa perfection relative, celui-là n'étudie qu'un mécanisme logique, et comme ce mécanisme ne s'adapte plus à nos mœurs et à nos habitudes, la comparaison qu'il établit instinctivement entre le passé et le présent le porte à des jugements absolus où le droit Romain est facilement condamné par cette seule raison qu'il n'est pas le droit moderne. Grâce à la méthode historique, au contraire, cette étude devient une véritable étude de psychologie où il n'y a plus rien d'immobile ni rien d'arbitraire. On assiste en quelque sorte à un perpétuel et progressif enfantement. Au lieu de critiquer le droit Romain parce qu'il a été tel, on recherche, ce qui est beaucoup plus philosophique, comment il est devenu tel ; on en comprend les variations et les manières d'être successives, en même temps qu'on s'initie plus profondément aux lois générales du développement humain ; et de cette étude, comme de toute étude historique bien conduite, on retire une foi sincère au progrès, et notamment cette conviction que les institutions humaines tendent de plus en plus à la simplicité et à l'équité, que considérées dans telle forme déterminée elles peuvent périr, mais que les idées justes et utiles qu'elles contenaient ne périssent pas plus que les substances qui ont formé jadis l'organisme aujourd'hui dissous d'un cadavre. Pour avoir trop négligé cette méthode, M. Bonjean nous montre plutôt la succession des faits que leur génération ; il ne nous fait pas assez comprendre que chez les premiers Romains le droit fut enveloppé et comme étouffé dans la procédure, que le fond y fut absolument déterminé par la forme, et que tout le long

Digitized by Google

travail du préteur et des jurisconsultes consista à l'en dégager pour le faire définitivement prévaloir.

Là s'arrêtèrent les travaux de M. Bonjean sur le droit Romain. Ses études de droit français n'avaient pas été moins sérieuses, et à coup sûr c'est de ce côté que le portaient de préférence la tournure très-pratique de son esprit et son goût évident pour les questions actuelles. Toutefois il ne produisit ici aucune œuvre comparable à son traité des actions. Pendant ses douze ans d'exercice comme avocat à la cour de cassation, son talent se dispersa en une foule de mémoires, plaidoyers et consultations, tous remarquables par une argumentation solide et une exposition claire. Mais, alors même que des travaux de ce genre réussissent à fixer un instant l'attention, leur destinée fatale est d'être promptement enveloppés dans l'oubli où tombent les affaires qui les ont provoqués. A la même époque, M. Bonjean entreprit, avec la collaboration d'autres jurisconsultes, deux compilations qui achevées eussent pu rendre de grands services. Sous le titre de *Nouveau corps diplomatique*, il voulut réunir tous les traités et actes diplomatiques que leur dispersion rendait difficiles à consulter. Puis, en un recueil intitulé *Encyclopédie des lois*, il se proposait de grouper les trop nombreuses productions législatives de la France depuis 1789 : pour cela il classait les matières par ordre alphabétique, distribuait logiquement chaque matière en un certain nombre de sections, et dans chaque section reproduisait les textes de lois selon l'ordre chronologique. Ces deux recueils interrompus par la révolution de 1848, ne furent jamais terminés ; et si on doit le regretter à certains égards, il faut avouer que la réputation de M. Bonjean comme jurisconsulte n'a pas eu beaucoup à y perdre ; car c'est à sa patience surtout qu'ils eussent fait honneur, comme tous les travaux qui, n'exigeant que de l'attention et des recherches, ne permettent pas à la personnalité de l'auteur de se déployer.

A partir de 1848, M. Bonjean, comme on l'a vu, appartint surtout à la politique. Il serait intéressant, mais long et déplacé ici de le suivre dans ses nombreux rapports et discours au sénat. Soit qu'il entre dans les obscurités des questions de fait les plus compliquées de chiffres [1], soit qu'il traite

[1] Voir, par exemple, son rapport sur une pétition tendant à faire annuler la condamnation prononcée contre le fameux Libri (4 juin 1861).

Digitized by Google

un point délicat de législation [1], soit enfin qu'il s'élève à des matières politiques d'un intérêt général et immédiatement sensible à tous, telles que les droits de la presse ou les rapports de l'Église et de l'État, partout on sent une préparation profonde, un savoir sûr de lui-même et des vues élevées développées dans le langage le plus clair. Parmi ses discours les plus remarquables, nous citerons un rapport sur plusieurs pétitions relatives à des mesures à prendre pour la conservation des oiseaux (24 juin 1861). Là il atteignit presque à la grâce de la forme, et développa des connaissances agricoles qui correspondaient en lui à un amour vrai des travaux de la campagne. Deux autres discours frappèrent plus vivement l'attention publique, l'un (28 janvier 1862) relatif à la question romaine et à certains projets d'arrangement rêvés par le gouvernement impérial entre l'Italie et le pape; l'autre (15 mars 1865) provoqué par l'encyclique de 1864 et par les doctrines du *Syllabus*.

Resterait à juger la conduite politique de M. Bonjean, si la différence des opinions et la trop grande proximité des événements ne risquaient de jeter dans nos appréciations une partialité involontaire.

Au surplus, de quelque façon qu'on apprécie dans M. Bonjean l'homme politique, sa fin ne témoigne que trop haut avec quelle force il comprenait son devoir et avec quel courage il savait l'accomplir. Lorsqu'éclata l'insurrection du 18 mars, il était en route pour Bayeux où il allait revoir sa famille séparée de lui depuis près de huit mois. A la première nouvelle des événements, il revint sur ses pas sans hésiter, persuadé qu'à l'heure des troubles il n'appartient pas à un chef de la magistrature [2] de manquer à son poste. Le 21 mars, il présidait l'audience de la chambre des requêtes, et à peine rentré chez lui se voyait arrêté sur un ordre signé *Raoul Rigault*. Dès lors, il pressentit clairement le sort qui l'attendait, et s'il eût conservé les moindres illusions, le décret du 4 avril sur les ôtages ne les lui aurait pas laissées. Durant une captivité de 64 jours passés au secret, il vit venir la mort

[1] Voir, par exemple, son discours sur le cadastre dans ses rapports avec la propriété foncière (6 avril 1866).

[2] M. Bonjean remplissait provisoirement les fonctions de premier président de la Cour de cassation.

Digitized by Google

avec douceur, s'oubliant lui-même pour ne songer qu'aux angoisses des siens, et cherchant dans ses lettres à leur inspirer une espérance qu'il n'avait pas. Peut-être, grâce à la complaisance de quelques subalternes plus honnêtes ou plus humains que leurs chefs, eût-il pu s'évader; mais il crut devoir à sa haute position de ne sortir de prison que « par la grande porte et au grand jour. » Avec autant de calme que s'il eût préparé un rapport pour la chambre des requêtes, il rédigea, dans sa cellule de Mazas, une plaidoirie destinée à être lue par son défenseur devant le simulacre de jury chargé de décider quelles seraient parmi les personnes incarcérées celles qu'on retiendrait comme ôtages. Là, après avoir démontré, avec autant de modération dans la forme que de logique, l'inanité des accusations qu'on pouvait élever contre lui, il terminait par ces nobles paroles : « Au surplus, ad-« vienne que pourra : c'est votre affaire plus que la mienne, « citoyens jurés ; car moi je ne risque que ma vie; vous, vous « risquez l'honneur et le repos de votre conscience. » Mais le jour du jugement ne devait pas luire pour M. Bonjean. Le 24 mai, au moment où la commune déjà vaincue n'aspirait plus qu'à venger sa défaite par l'incendie de nos plus beaux monuments et par le massacre facile de quelques prisonniers sans défense, il fut fusillé avec l'archevêque de Paris et quatre autres prêtres. Sa mort fut digne, sans emphase comme sans faiblesse; et la beauté en est relevée par les suprêmes recommandations qu'il adressait à sa femme et à ses enfants, les priant de ne jamais chercher à tirer de ses persécuteurs « aucune vengeance directe ou indirecte », et les conjurant de rester toujours fidèles à l'accomplissement du devoir, nonobstant les déceptions qu'il peut entraîner [1].

Plus humble et plus brève, mais non moins utile et non moins remplie fut la carrière de M. Pilette. Après de brillantes études littéraires et juridiques, déjà connu par la distinction de son enseignement privé, il concourut en 1844 pour une suppléance à la Faculté de droit de Paris, et éprouva un de ces échecs honorables qui sont le gage certain du

[1] Nous empruntons ces détails au très-intéressant récit de M. Charles Guasco : *le président Bonjean, ôtage de la Commune.*

Digitized by Google

succès à une nouvelle épreuve. La révolution de 1848, en donnant satisfaction à ses opinions républicaines, l'arracha un instant à l'étude. A trente ans, on se croit facilement une vocation politique : M. Pilette, entraîné par ses instincts généreux et par le désir de servir sa cause, accepta du gouvernement provisoire les fonctions délicates de commissaire général adjoint dans les départements du Nord et du Pas-de-Calais. Dans l'intimité de la conversation, nous l'avons souvent entendu se reporter avec une infinie complaisance à cette époque de sa vie. Et pourtant, à cette élévation d'un jour il avait perdu son avenir. Arrêté et emprisonné après le 2 décembre, il n'échappa à une transportation sans jugement que grâce à de bienveillantes interventions. Dès lors il redevint et il resta jusqu'à sa mort simple répétiteur de droit, position modeste et laborieuse qui contrastait avec son haut mérite et où il usa prématurément ses forces. Sans aucun doute, il aurait pu, revenant à sa véritable vocation, entrer dans l'enseignement public soit par la porte des concours où son triomphe était assuré, soit par voie de nomination directe à une chaire nouvelle. Cette nomination, nous pouvons le dire aujourd'hui sans indiscrétion, lui fut offerte, et personne n'aurait songé à la critiquer. Mais le serment lui faisait peur, et, par un scrupule des plus honorables, il crut que son passé lui défendait d'accepter même la moins politique et la moins compromettante des fonctions publiques.

Malgré la fatigue que lui imposaient ses nombreuses répétitions, M. Pilette trouva toujours des heures de loisir pour agrandir le champ de ses connaissances; il creusa particulièrement le droit romain pour lequel il avait une prédilection marquée. S'il écrivit peu, ce peu nous autorise à regretter qu'une surcharge d'occupations professionnelles ne lui ait pas laissé le temps et la liberté d'esprit nécessaires pour entreprendre une œuvre de longue haleine. En 1860, il donna dans la *Revue Pratique* une étude élégante et fine sur le jeu et le pari. En 1862, 1865 et 1867, il inséra dans la *Revue Historique* trois remarquables dissertations de droit romain sur la Compensation, le Concubinat et les Contrats innommés. Ce dernier travail, œuvre d'une amitié dont nous étions heureux et dont le souvenir nous restera cher, fut suscité par notre *Théorie des Contrats innommés*, que M. Pilette se pro-

Digitized by Google

posait de faire connaître tout en exposant sur le même sujet des idées personnelles d'une incontestable originalité. Volontiers, s'il nous est permis d'exprimer un jugement quand il s'agit de nous-mêmes, nous avouerons qu'il nous parut également excessif dans la critique radicale qu'il dirigea contre nos conclusions et dans les éloges qu'il prodigua à l'auteur : double exagération dont l'une tenait à la foi hardie de l'inventeur et l'autre à la bienveillance illimitée de l'ami. Dans ces quelques écrits, M. Pilette déploie, avec un savoir étendu et pénétrant, de rares qualités d'écrivain. Le ton doctoral et l'argumentation lourde lui sont inconnus ; il cause dans une langue aisée, vive, pleine de saillies, jetant sur les sujets les plus ardus une grâce familière et une sorte de gaieté qui préviennent l'ennui sans distraire l'attention. Si l'on peut lui reprocher quelque chose, et à coup sûr ce reproche ne lui aurait pas déplu, c'est d'avoir trop d'esprit et trop d'imagination. Un jour, en notre présence, appréciant un de nos Romanistes distingués, il disait finement : « Ce bon Monsieur X croit avoir inventé le droit romain. » M. Pilette l'inventait quelquefois aussi sous prétexte de le révéler, et il l'inventait avec infiniment de charme. Très-versé dans la connaissance des textes, très-habile à les manier et à leur faire exprimer ses propres idées, il créait facilement des théories séduisantes, mais imaginaires, où l'on ne pouvait, tout en critiquant l'ensemble, s'empêcher de reconnaître des vues lumineuses et des aperçus pleins de justesse. Lui-même avouait naïvement qu'il éprouvait « une intime satisfaction à s'écarter de tous les interprètes connus », et en véritable humoriste il se déclarait capable d'écrire un jour : « Hors du paradoxe point de vérité [1]. »

Avec son élévation d'esprit et son profond savoir, M. Pilette ne pouvait être un répétiteur ordinaire. Il ne s'appliquait pas à rapetisser la science à l'usage de ceux qui fuient le travail sérieux, ni à mettre simplement ses élèves en état de passer, le hasard ou la bienveillance aidant, un examen tel quel. Sa véritable spécialité était de préparer des aspirants au doctorat : il cherchait à leur communiquer l'amour désintéressé de l'étude, la curiosité des recherches personnelles,

[1] Voir son étude sur les contrats innommés, p. 40 et 48.

Digitized by Google

et, par-dessus tout, cet esprit d'examen sans lequel il n'y a pas de vraie science; et il y réussissait souvent, grâce à un art particulier de se faire aimer et d'inspirer la confiance. Quand il rencontrait une de ces théories paradoxales ou simplement hardies qui déconcertent au premier abord parce qu'on n'y a jamais pensé, il la faisait d'abord adopter par quelque jeune homme distingué qui la développait ensuite sous sa direction dans une thèse de doctorat. Lui-même nous apprend [1] qu'il aimait à prendre ce biais pour éprouver la valeur de ses idées personnelles en les soumettant au contrôle de la faculté : sans doute aussi, assistant à la soutenance de la thèse, il s'amusait tout bas de la surprise des examinateurs, et leur pardonnait volontiers de le contredire lui-même en contredisant le candidat.

M. Pilette ne fut pas seulement un jurisconsulte : il connaissait à fond la littérature française et les littératures anciennes; et nous tenons pour sûr que, s'il l'eût voulu ou si les circonstances le lui avaient permis, il était capable de produire non-seulement des travaux distingués de critique littéraire, mais même une œuvre d'imagination. A ces dons naturels de l'intelligence et à la culture acquise par le travail, se joignaient les plus précieuses qualités morales : une rare bonté, un désintéressement à toute épreuve, une droiture qui fuyait l'intrigue et rendait justice à tous, un dévouement sans bornes dans l'amitié. Tous ceux qui ont eu comme nous le bonheur de le bien connaître déploreront sincèrement qu'une mort prématurée l'ait ravi dans la plénitude de la force et du talent, et, malgré ses cinquante-trois ans, dans toute la jeunesse du cœur et du caractère. Tous s'associeront au deuil inconsolable d'une mère et d'une sœur, dont il était la joie et l'orgueil.

C. ACCARIAS.

[1] Voir le début de son étude sur le concubinat.

Digitized by Google

EXAMEN DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

en matière d'enregistrement.

RÈGLES SUR LES EXPERTISES RELATIVEMENT AUX DONATIONS.
Arrêt du 30 août 1869 (aff. *Ichard*), Sir.-Dev., 1869, 1, 441.

Par M. SERRIGNY, doyen de la Faculté de droit de Dijon.

L'arrêt cité décide que l'article 39 de la loi du 22 frimaire an VII contient une disposition générale, applicable aussi bien aux transmissions d'immeubles par donations entre-vifs que par décès; qu'en conséquence, les frais de l'expertise requise par la régie à propos d'une donation entre-vifs d'immeubles et le droit en sus doivent être à la charge du redevable, si une insuffisance de revenu quelconque est constatée par les experts, quoique cette insuffisance ne soit pas du huitième; que l'on ne doit pas, dès lors, appliquer à ce cas les dispositions de la loi qui exigent une insuffisance d'un huitième pour mettre à la charge des parties les frais de l'expertise et le droit en sus.

Ainsi que le fait remarquer l'arrêtiste, la Cour de cassation abandonne, par cette décision, une doctrine qu'elle avait embrassée par son arrêt du 30 mars 1852 (Sir., 52, 1, 354), rendu sur les conclusions de M. Nicias Gaillard, alors premier avocat général, pour revenir à sa jurisprudence antérieure, consacrée notamment par arrêt du 20 décembre 1837 (Sir., 38, 1, 168).

Dans mon opinion, M. Nicias Gaillard était l'un des meilleurs jurisconsultes qui aient honoré notre siècle, bien qu'il ne soit connu du public que par les conclusions qu'il a donnée comme avocat général, et il était aussi grand écrivain qu'habile jurisconsulte. On doit donc y regarder de bien près avant de s'écarter des décisions conformes à son avis. La Cour de cassation a-t-elle eu raison de le faire dans la question qui nous occupe? Je ne le pense pas, et je veux essayer de faire partager ma conviction à mes lecteurs.

Quand je veux soumettre à mon appréciation une question de droit douteuse d'après les textes écrits, voici la règle que j'ai constamment suivie dans ma carrière du barreau et de

Digitized by Google

l'enseignement. Je me demande d'abord de quel côté incline le bon sens et la droite raison. Quel parti aurait adopté le législateur s'il avait pu prévoir le doute que fait naître sa rédaction? Une fois que je suis bien résolu sur ce premier point, il est rare que l'examen attentif des textes ne me conduise pas à la même solution.

Appliquons ici ce criterium, et demandons-nous, avant de recourir aux textes, qu'il ne faut jamais négliger, surtout dans une matière aussi spéciale et aussi inconnue du public juridique que celle de l'enregistrement, demandons-nous ce que ferait le législateur si la loi était à édicter. Devrait-il décider qu'une insuffisance quelconque dans l'évaluation du revenu des biens immeubles, objet d'une donation entre-vifs, suffira pour faire supporter au donataire les frais de l'expertise provoquée par la régie, et pour obliger ce donataire à subir la peine du double droit? Oui, dit M. Paul Pont, rapporteur de l'arrêt du 30 août 1869, et il ajoute tant d'importance à cette affirmation, qu'il la répète trois fois : une première fois dans les motifs de l'arrêt, dont on doit supposer qu'il a été le rédacteur, et deux autres fois dans les observations dont il l'accompagne dans une note insérée au recueil cité. Voici, en effet, ce qu'on lit dans les motifs de l'arrêt :

« Attendu que cette induction tirée du texte est justifiée « aussi par les motifs de la loi; que la règle de l'article 39 « est fondée sur ce que le produit d'un immeuble *étant ou* « *pouvant être connu des parties avec exactitude, toute déclara-* « *tion insuffisante de produit, à quelque degré que ce soit, est le* « *résultat de la mauvaise foi ou de la négligence*, tandis que la « règle moins rigoureuse de l'article 18 repose sur ce que le « prix vénal d'un immeuble subissant l'influence de circon- « stances diverses, la déclaration peut être insuffisante dans « une certaine mesure sans impliquer une pensée de dis- « simulation de la part du déclarant; que, d'après cela, « ce serait méconnaître ces motifs de la loi, les donations « entre-vifs étant, comme les mutations par décès, soumises « à l'impôt à raison du produit, que de faire aux expertises « auxquelles elles donneraient lieu l'application d'une règle « édictée en vue de l'expertise de la valeur vénale. »

Voilà le motif fondamental de l'arrêt du 30 août 1869. Or, je ne crois pas qu'il soit possible d'énoncer une proposition

Digitized by Google

plus fausse, à mon avis, que celle qui précède; et je pose en fait, au contraire, qu'à l'exception des propriétaires d'immeubles donnés à bail, il n'en est pas un sur cent qui connaisse exactement son revenu. Je crois avoir autant d'ordre que qui que ce soit; j'ai même entendu le fondé de pouvoir de l'un de nos receveurs généraux de la Côte-d'Or me dire, à l'occasion de recherches à faire sur leurs livres, que j'avais plus d'ordre qu'eux. Eh bien! j'affirme qu'ayant été plusieurs fois dans le cas de faire des déclarations de transmissions à titre gratuit de biens m'appartenant, telles que des vignes, il m'était impossible d'arriver à connaître exactement leur produit. Il n'y a rien de plus mobile, de plus incertain, de plus fugitif que le revenu de vignes. Le revenu d'une ou de plusieurs années n'est pas le même que celui des années précédentes; le revenu d'une série d'années, par exemple d'une décade, n'a rien de commun avec le produit de la décade qui l'a précédée ou qui l'a suivie. Que l'on demande à tous les laboureurs ou les vignerons qui cultivent leurs propres fonds, et qui se comptent en France par millions, quel est le revenu de leurs vignes ou terres prises en masses, ou estimées pièce par pièce, et je pose en fait qu'il n'en est pas un sur cent qui pourra répondre exactement à une pareille question. La vérité de ma réponse est prouvée par ce qui se passe tous les jours dans la pratique judiciaire. Quand trois experts sont nommés pour estimer le revenu de certains biens-fonds, il y a ordinairement autant d'avis que d'experts. Si une seconde expertise est ordonnée dans une même affaire, jamais les nouveaux experts ne sont du même avis que les précédents. C'est surtout en matière d'expertise sur le revenu des biens-fonds qu'il est vrai de dire : *tot capita, tot sensus*. On en verra plus loin une preuve tirée de l'arrêt de 1869 que je combats.

Avant la révolution de 1789, nos anciens magistrats avaient presque tous leur fortune en biens-fonds, et la jurisprudence des Parlements se ressentait de cette circonstance. Nos anciens magistrats parlementaires étant des propriétaires terriens, ils connaissaient la propriété foncière, et lui étaient favorables. Aujourd'hui, la plupart des fortunes de nos magistrats, surtout des plus élevés dans la hiérarchie, qui ont fait leur carrière en courant de ville en ville et de tribunaux en

Digitized by Google

tribunaux, consistent en rentes sur l'État, en obligations ou actions de chemins de fer ou d'autres valeurs industrielles. Aussi connaissent-ils généralement assez peu la propriété foncière et lui sont-ils peu favorables, surtout à la propriété forestière, qui est traitée en ennemie par la jurisprudence et par les lois. Voilà ce qui m'explique la fausseté du motif capital de l'arrêt du 30 mars 1869 précité.

Supposons pour un instant qu'il n'y ait point de disposition législative sur les expertises en matière de donations entre-vifs immobilières, et que la loi soit à faire sur ce point. Faudrait-il adopter la règle écrite dans l'article 39 de la loi du 22 frimaire an VII, qui met les frais de l'expertise et le double droit à la charge des déclarants de biens transmis par décès, s'il existe une insuffisance quelconque, même la plus minime, dans l'évaluation faite par eux, ou bien faudrait-il exiger pour cela une insuffisance d'un huitième? Je n'hésite pas à répondre qu'il faudrait adopter ce dernier parti, et je pense que la disposition de l'article 39 est d'une iniquité révoltante. S'il est si difficile de reconnaître le revenu vrai des immeubles, si l'opinion des experts est sujette à tant d'erreurs et de variations, il est souverainement inique de la part du législateur d'avoir édicté une disposition qui met tous les successeurs à cause de décès à la merci de la régie de l'enregistrement, quant aux frais de l'expertise et à la sanction pénale que fait encourir une déclaration réputée inexacte. Heureusement que les plus mauvaises lois deviennent tolérables dans la pratique quand elles sont appliquées avec mesure et modération, de même que les meilleures lois peuvent devenir intolérables quand elles sont appliquées avec un mauvais esprit. Il faut rendre justice à l'administration de l'enregistrement de la réserve avec laquelle elle provoque des expertises à la suite des transmissions de biens par décès. Sa sagesse et sa modération empêchent, sinon toujours du moins souvent, le public de s'apercevoir des vices de la loi.

Cela posé, voyons maintenant les dispositions des lois positives. Deux points résultent très-clairement des textes et sont constants : 1° Dans les expertises pour les ventes de biens immeubles à titre onéreux dans lesquelles un prix est énoncé et le droit perçu d'après le capital formé par ce prix, l'ex-

Digitized by Google

pertise est réglée par les articles 17 et 18 de la loi du 22 frimaire an VII. La demande doit en être faite dans l'année de l'enregistrement du contrat; les frais de l'expertise ne sont à la charge de l'acquéreur que lorsque l'estimation constatée par l'expertise excède d'un huitième le prix énoncé au contrat; et, dans ce cas, le double droit est exigible sur le supplément de l'estimation. (L. 27 ventôse an IX, art. 5.)

2° Dans les transmissions de biens par décès, l'expertise est réglée par l'article 39 de la loi du 22 frimaire an VII; la peine pour les insuffisances constatées dans les estimations des biens déclarés sera d'un droit en sus, et si cette insuffisance est établie par un rapport d'experts, les contrevenants payeront en outre les frais de l'expertise. L'expertise peut être requise aussi bien pour rechercher les insuffisances d'évaluation des meubles que celles des immeubles; car le texte répète deux fois l'expression « des biens, » sans y ajouter le mot *immeubles;* au lieu que l'article 17 ne permet l'expertise que pour constater l'insuffisance du prix énoncé dans les actes transmissifs d'*immeubles;* ce qui exclut formellement les ventes de *meubles.* Voilà ce qui est littéralement écrit dans les articles 17 et 39. Dans ce dernier cas, le délai pour demander l'expertise est fixé à deux ans par l'article 61 de la même loi.

Ces deux points étant reconnus constants, on se demande dans laquelle de ces deux catégories il faut ranger les expertises à faire dans les transmissions de biens immeubles *par donations entre-vifs.* Faut-il les assimiler aux expertises en matière de ventes ou aux expertises en matière de transmissions par décès? Ou faut-il les ranger dans une troisième catégorie d'expertises réglées par l'article 19 de la même loi de l'an VII? Suivant l'arrêt du 30 mars 1852, rendu sur les conclusions de M. Nicias Gaillard, les donations entre-vifs sont soumises à un mode d'expertise spécial, réglé par l'article 19; suivant l'arrêt du 30 août 1869, il n'y a que deux espèces d'expertises : l'une pour les ventes et l'autre pour les transmissions gratuites, soit entre-vifs, soit par décès, et les donations entre-vifs doivent suivre les règles des expertises dans les mutations par décès. De quel côté se trouve la vérité? Voilà quelle est la question à résoudre.

Or, je pense, avec M. Nicias Gaillard et l'arrêt de 1852,

Digitized by Google

contrairement à l'opinion de M. Paul Pont et à l'arrêt de 1869, que les donations entre-vifs d'immeubles sont soumises, quant à l'expertise, à des règles distinctes et particulières établies par l'article 19 de la loi de l'an VII, et qui diffèrent de celles établies pour les transmissions par décès par l'article 39.

Il faut d'abord écarter une objection qui pourrait se présenter à l'esprit d'un lecteur inattentif, à la vue de l'article 39, c'est que le mot *donataires*, étant employé par cet article, on serait tenté de penser qu'il s'applique non-seulement aux mutations gratuites par décès, mais aussi aux transmissions gratuites entre-vifs. Ce serait une erreur manifeste, dans laquelle n'est point tombé l'arrêt de 1869. En effet, il résulte formellement du texte de l'article 39, qu'il ne s'applique qu'aux *biens transmis par décès*. S'il parle « des héritiers, *donataires* ou légataires, » c'est qu'en l'an VII les *donations à cause de mort* étaient permises, et dès lors la loi fiscale devait soumettre les donataires à cause de mort aux mêmes droits et aux mêmes règles, quant aux déclarations exigées d'eux, que les héritiers et les légataires. On est d'accord sur ce point. Il n'y a donc aucun argument à tirer du mot *donataires*, employé dans l'article 39, pour en induire que cet article puisse être appliqué aux donataires entre-vifs.

Revenons maintenant à l'article 19, ainsi conçu : « Il y « aura *également* lieu à requérir l'expertise des revenus des « *biens immeubles* transmis en propriété ou en usufruit *à tout* « *autre titre qu'à titre onéreux*, lorsque l'insuffisance dans l'é- « valuation ne pourra être établie par actes qui puissent « faire connaître le véritable revenu des biens. »

D'après l'arrêt de 1852, dont j'adopte l'opinion, cet article s'applique aux donations entre-vifs, et non aux mutations par décès, et il établit une troisième catégorie d'expertise. Suivant l'arrêt de 1869, il est commun aux donations entre-vifs et aux transmissions par décès, et il ne constitue qu'une deuxième catégorie d'expertise commune à ces deux modes de translations de biens.

Je réponds que cette dernière opinion est fausse, et je le prouve péremptoirement. Supposons, en effet, que l'article 19 n'existe pas dans la loi de l'an VII, les expertises dans les mutations par décès seraient soumises à toutes les règles qui

Digitized by Google

leur sont applicables; car toutes ces règles sont écrites dan l'article 39 combiné avec l'article 61. L'article 19 n'y ajoute absolument rien; on pourrait le retrancher en entier, sans qu'il en résultât aucune modification aux expertises dans les transmissions par décès : il est donc entièrement annulé dans la doctrine adoptée par l'arrêt de 1869. Qu'est-ce qu'une interprétation qui annule complétement la loi qu'il s'agit d'appliquer? Ce n'est rien, absolument rien.

Il y a plus : cet article 19, s'il était commun aux donations entre-vifs et aux mutations par décès, serait en contradiction formelle avec l'article 39 : car l'article 19 n'admet l'expertise que pour constater les revenus *des immeubles* transmis, tandis que l'article 39 l'admet pour *les biens* transmis par décès, c'est-à-dire aussi bien pour les meubles que pour les immeubles. Donc il est évident que ces deux articles ne statuent pas sur la même hypothèse. Cela est plus clair que la lumière du jour.

On objecte que l'article 39 n'est qu'un article établissant une sanction à titre de *peines*, parce qu'il se trouve sous la rubrique du titre VI de la loi qui porte : DES PEINES *pour défaut d'enregistrement des actes et déclarations dans les délais; et de celles portées relativement aux omissions, aux fausses estimations et aux contre-lettres.* Donc, dit-on, l'article 39 se réfère à l'article 19, qui pose le principe, dont l'article 39 ne fait que régler l'application et les conséquences.

Un mot suffit pour détruire cette objection. Si l'article 39 établit des peines, ce n'est pas à l'inobservation de l'article 19, avec lequel il n'a rien de commun, ainsi qu'on l'a vu plus haut; c'est à l'article 24 qui fixe « les délais pour l'enregis-« trement *des déclarations* que *les héritiers, donataires ou léga-« taires* auront à passer *des biens* à eux échus *ou transmis « par décès.* » Voilà le texte de principe, qui est réglementé par l'article 39, et ce n'est nullement celui de l'article 19. Il suffit de lire les articles 24 et 39 pour voir qu'ils sont en parfaite concordance, et les articles 19 et 39 pour voir, au contraire, qu'ils sont en pleine discordance et qu'ils règlent des hypothèses différentes.

Si l'article 19 ne s'applique pas aux mutations *par décès*, il est manifeste qu'il ne peut s'appliquer qu'*aux donations entre-vifs de biens immeubles;* cela ressort de ses termes, puisqu'il

Digitized by Google

dit qu'il y aura également lieu de requérir l'expertise des revenus *des immeubles transmis à tout autre titre qu'à titre onéreux.*

Faut-il maintenant, pour mettre les frais de l'expertise et le double droit à la charge du donataire, une insuffisance quelconque, ou faut-il une insuffisance d'au moins un huitième? Je réponds, toujours avec M. Nicias Gaillard et avec l'arrêt de 1852, qu'il faut une insuffisance d'un huitième. Pourquoi? 1° Parce que l'article 19, qui vient après l'article 18, s'y réfère par ces mots : « Il y aura *également* lieu à requérir « l'expertise... » Ce mot *également* établit une relation et une analogie entre l'expertise dans les transmissions onéreuses et dans les transmissions gratuites *entre-vifs,* les seules dont s'occupent les articles 17, 18 et 19. Ce mot *également* ne peut se référer qu'à un article qui venait d'être édicté, et non à un article futur, contingent, l'article 39, qui était dans le néant au moment de la rédaction de l'article 19; 2° parce que cet article 19, de même que les articles 17 et 18, ne s'occupe que *des biens immeubles,* tandis que l'article 39, alors non existant, s'est occupé *des biens* en général, c'est-à-dire *des biens meubles* de même que des biens immeubles, par la raison que les uns comme les autres ont été assujettis à la *déclaration* à faire dans les six mois du décès par l'article 24, dont l'article 39 est le complément; 3° parce que, s'il y avait du doute, il faudrait préférer la disposition de l'article 18, qui exige une insuffisance d'un huitième pour mettre les frais de l'expertise à la charge de l'acquéreur, à celle de l'article 39, qui se contente, pour cela et pour le double droit, d'une insuffisance quelconque. Cela est conforme à la règle : *in dubiis quod minimum est sequimur,* et aux motifs si justes et si raisonnables que nous avons donnés, au commencement de cette dissertation, pour justifier l'article 18 et combattre l'article 39.

Ce que nous venons de dire suffit, à notre avis, pour prouver que l'article 19 établit une catégorie d'expertise distincte de celle prévue et réglée par l'article 39 de la loi de l'an VII. Si cette proposition pouvait souffrir quelque difficulté, le doute serait complétement levé par la loi du 15 novembre 1808, *relative aux demandes en expertise d'immeubles situés dans le ressort de plusieurs tribunaux.* Suivant l'article 1er de cette loi, « lorsque dans les cas prévus par les

Digitized by Google

« articles 17, 18 et 19 de la loi du 22 frimaire an VII, il y « aura lieu à expertise de biens immeubles situés dans le « ressort de plusieurs tribunaux, la demande en sera portée « au tribunal de première instance dans le ressort duquel « se trouve le chef-lieu de l'exploitation.... »

Art. 2. « Il n'est rien innové en ce qui concerne les ex- « pertises d'immeubles *dont la mutation s'opère par décès*, et « dont la déclaration se fait au bureau dans l'arrondissement « duquel ils sont situés. »

Cette loi établit une nouvelle assimilation des expertises dans les donations entre-vifs de biens *immeubles*, réglées par l'article 19 de la loi de l'an VII, avec celles des ventes d'*immeubles*, réglées par les articles 17 et 18 de la même loi, et une nouvelle différence entre les expertises dans les donations entre-vifs et les mutations par décès. Il est donc impossible de soutenir que les expertises suivent les mêmes règles dans les donations entre-vifs et dans les mutations par décès, et qu'il n'y a que deux catégories d'expertises, l'une pour les *ventes* d'immeubles, et l'autre pour les transmissions à titre gratuit *soit entre-vifs, soit par décès*. On voit ici, au contraire, que, comme dans la loi de l'an VII, la loi de 1808 établit une nouvelle analogie entre les expertises des donations entre-vifs d'immeubles et celles des ventes d'immeubles, bien loin de confondre les premières en une seule et même espèce avec les expertises des biens transmis par décès.

On répond à l'argument tiré de cette loi, en disant qu'elle est fondée sur la diversité dans le mode de percevoir le droit de mutation, d'une part, dans les ventes et les donations, et de l'autre, dans les successions. Dans les premières, l'impôt se paye au bureau du receveur qui a enregistré l'acte, en quelques lieux que ces biens soient situés; dans les secondes, il se paye au bureau du receveur de la situation de chacun des biens compris dans la succession : voilà pourquoi il y a une expertise dans le premier cas, et pourquoi il peut y avoir des expertises multiples dans le second. Cette explication a quelque chose de fondé dans les faits, et non dans les motifs. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il ressort de cette loi de 1808 une analogie de plus entre les expertises des donations avec celles des ventes, et une différence de plus entre les expertises des donations et celles des successions.

Digitized by Google

Or, la thèse de l'arrêt de 1869 consiste à prouver qu'il y a identité entre les expertises des donations et des successions, tandis que la doctrine de l'arrêt de 1852, que je prétends être la seule vraie, est que les expertises dans les donations entre-vifs diffèrent essentiellement des expertises dans les successions, et se rapprochent beaucoup plus des expertises dans les ventes.

Je termine cette dissertation par des considérations analogues à celles présentées en la commençant. La matière de l'enregistrement est si spéciale et si inconnue, qu'il est permis de supposer que les magistrats suivent souvent dans leurs délibérations un homme savant et capable, comme M. Dupin ou M. Nicias Gaillard, ou un rapporteur éclairé comme M. Paul Pont. Ce que l'on doit regretter, à mon avis, c'est de voir la jurisprudence de la Cour de cassation se condenser dans des interprétations à outrance des lois sur l'enregistrement. Or c'est là, suivant moi, le côté où elle penche mal à propos. Je n'ai pas besoin de sortir de notre espèce pour en trouver des exemples. Il me suffit de citer l'arrêt de 1869 que je combats. Les droits sur les donations entre-vifs ne sont-ils pas assez durs, d'après les tarifs, sans qu'il soit besoin de les exagérer dans l'application par des frais d'expertises et des doubles droits, comme cela se voit dans l'arrêt de 1869? Dans l'espèce, le revenu annuel du domaine, objet de la donation, avait été évalué dans l'acte à 2,500 fr. Une première expertise l'a estimé 2,743 fr.; différence 243 fr. Cette expertise ayant été annulée, une nouvelle expertise l'a estimé 2,592 fr., c'est-à-dire à 92 fr. d'excédant l'évaluation des parties. Et pour cette différence minime, les parties ont été condamnées à supporter les frais d'expertise et le double droit sur l'excédant! Eh bien! cela est d'une iniquité qui me révolte. Remarquons que, dans cette affaire, il y avait eu deux expertises, et que, sur cinq experts, il y avait eu quatre avis différents; ce qui prouve la vérité de ce que j'ai dit, en commençant, sur la difficulté et l'incertitude des évaluations des biens-fonds.

Le droit le plus élevé sur les donations est, en principal, de 9 francs, ci. 9f,00
Plus deux dixièmes. 1f,80
Ensemble. 10f,80

Digitized by Google

qui se perçoivent *sans distraction des charges.* N'est-ce pas là du socialisme tout pur? Et ceux qui le redoutent tant, savent-ils qu'il est dans nos lois? Voilà le tarif que la jurisprudence applique, en l'augmentant à tort, suivant moi, par des frais d'expertise et des doubles droits! Cela est-il raisonnable et sensé? Que le lecteur en juge! Pour moi, qui me pique d'être un partisan raisonnable des droits du trésor public, autant qu'un adversaire du socialisme, je ne le pense pas.

La maxime du sage « *est modus in rebus* » est aussi vraie dans l'interprétation des lois que dans la conduite ordinaire de la vie. SERRIGNY.

DES RÈGLEMENTS D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

ET DE L'INTERVENTION DU CONSEIL D'ÉTAT DANS LA RÉDACTION DE CES RÈGLEMENTS.

Par M. Léon Aucoc, conseiller d'État.

Au moment où nos institutions administratives sont l'objet de remaniements considérables, il serait d'une grande importance d'étudier les conditions dans lesquelles s'exerce le pouvoir réglementaire et de rechercher si la législation actuelle sur cette matière donne à l'intérêt public et aux intérêts privés des garanties suffisantes. Il serait particulièrement utile d'examiner si les réformes qui pourront être introduites dans l'organisation de l'administration départementale et de l'administration municipale ne devraient pas entraîner une restriction du pouvoir réglementaire confié aux autorités locales. On sait, en effet, que le droit de faire des règlements, c'est-à-dire, comme on l'a dit souvent, des lois d'ordre secondaire, obligatoires pour les citoyens sous les peines édictées dans les articles 471, n° 15, et 474 du Code pénal, quand les lois spéciales ne prononcent pas des peines plus graves, est attribué dans des conditions diverses, non-seulement au chef du pouvoir exécutif, quel que soit son titre, et même aux ministres lorsqu'ils ont reçu à cet effet une délégation spéciale, mais de plus aux préfets et aux maires.

Digitized by Google

Mais nous ne pouvons aborder à la fois tous les points de ce sujet très-étendu. En ce moment, et à la veille des délibérations de l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif à la réorganisation du Conseil d'État, nous croyons utile d'appeler l'attention sur les règlements faits par le chef du pouvoir exécutif et sur le concours que le Conseil d'État doit donner à la rédaction de ces règlements.

Le pouvoir réglementaire qui appartient au chef de l'État a deux origines différentes.

Il arrive assez fréquemment que le législateur, en posant les règles principales d'une matière, ne croit pas devoir entrer dans les détails de l'application de la loi et qu'il délègue au chef du pouvoir exécutif le soin de compléter son œuvre dans un acte qualifié de règlement d'administration publique. On comprend aisément les avantages de ce système quand on a suivi de près la discussion des lois; le législateur a tout avantage à laisser de côté les détails qui ne pourraient pas être étudiés avec assez d'attention et qui compliqueraient et prolongeraient les débats. D'autre part, si les règles fondamentales sont souvent remises en question, il en serait ainsi, à plus forte raison, des règles de détail, surtout dans les lois qui touchent aux rapports des citoyens avec l'administration, et il importe que les modifications dont l'expérience montre la nécessité puissent être faites sans mettre en mouvement le mécanisme législatif.

Aussi les exemples de règlements d'administration publique faits en vertu d'une délégation du législateur sont-ils beaucoup trop nombreux pour être cités ici, et il suffit de rappeler que les lois de finances du 23 août, du 4 septembre, du 16 septembre et du 18 décembre 1871, qui ont établi de nouveaux impôts sur les assurances, les quittances et reçus, les papiers, les allumettes chimiques, la chicorée préparée, l'huile de schiste, les cercles, les billards, ont disposé que des règlements d'administration publique statueraient sur les mesures que nécessiterait l'exécution des dispositions de la loi[1].

Mais en outre, et alors même que le législateur ne lui a donné aucune délégation spéciale, le gouvernement, chargé de faire

[1] Ces règlements ont été promulgués dans le courant des mois de novembre et de décembre 1871.

Digitized by Google

exécuter la loi, est investi, par la nature même de ses attributions, du droit de faire des règlements. C'est ce qu'avaient expressément reconnu la plupart de nos constitutions[1]. L'article 13 de la Charte de 1830, modifiant l'article 14 de la Charte de 1814, maintenait le principe dans ses justes limites en conférant au roi le droit de faire « les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution. »

Dans quelles conditions doit s'exercer ce pouvoir réglementaire, ainsi attribué au chef de l'État? Voilà la question qu'il nous paraît important de trancher.

Le Conseil d'État est nécessairement associé à la rédaction des règlements d'administration publique, lorsqu'ils se font en vertu d'une délégation du législateur. Nul ne le conteste; la disposition formelle de l'article 52 de la constitution du 22 frimaire an VIII avait été reproduite par l'article 12 de la loi du 19 juillet 1845, par l'article 75 de la constitution de 1848 (qui donnait même, dans certains cas, un pouvoir propre au Conseil d'État) et par l'article 50 de la constitution de 1852. Mais ce Conseil doit-il nécessairement intervenir pour la préparation des règlements faits par le chef de l'État, quand il n'y a pas eu de délégation spéciale du législateur? En d'autres termes, quand le législateur veut que le Conseil d'État soit appelé à donner au chef du pouvoir exécutif son concours, c'est-à-dire son avis (car si son concours est obligé, son opinion n'est pas obligatoire), pour la rédaction des règlements d'administration publique, entend-il exiger cet avis pour tous les règlements émanés du gouvernement ou seulement pour ceux qui sont faits en vertu d'une délégation spéciale de la loi?

Nous devons dire que, dans la pratique, le gouvernement ne s'est pas considéré comme obligé de consulter le Conseil d'Etat pour les règlements faits en vertu de son pouvoir propre. Non pas qu'il n'ait jamais demandé au Conseil son concours en pareil cas; au contraire : il y a un très-grand nombre de règlements qui portent la qualification de règle-

[1] Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 44. — Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, art. 14. — Charte du 6 août 1830, art. 13. — Constitution du 4 novembre 1848, art. 49. — Constitution du 14 janvier 1852, art. 6.

Digitized by Google

ments d'administration publique, parce qu'ils ont été délibérés en Conseil d'État, et qui n'avaient pas été rendus en vertu d'une délégation législative; nous en trouvons un exemple récent dans le décret du 30 septembre 1871 qui règle les formalités à suivre pour la fixation de l'indemnité due par l'État aux propriétaires d'animaux abattus par ordre de l'autorité publique à raison du typhus contagieux, dit peste bovine. Mais, suivant les époques, suivant les ministères, le Conseil d'État a été appelé ou n'a pas été appelé à préparer cette seconde catégorie de règlements ; si bien que quelques auteurs, pour régulariser cette situation, en sont venus à demander que le nom de règlement d'administration publique fût réservé aux règlements pour lesquels la loi exigeait l'intervention du Conseil d'État.

Ce n'est pas évidemment par des raisons de doctrine que cette distinction s'est établie. Quand la constitution du 22 frimaire an VIII confiait au Conseil d'État le soin de rédiger les règlements d'administration publique dans un moment où toute l'administration française était à réorganiser, elle prenait le mot dans son sens le plus large et ne faisait aucune allusion à une délégation du législateur. Aussi jusqu'en 1814 on resta fidèle à la pensée primitive de l'institution du Conseil d'État. Mais sous la Restauration il n'en fut plus de même : une réaction violente se produisit ; l'utilité du Conseil, la légalité de son existence furent contestées dans les Chambres, son contrôle sur l'administration elle-même fut affaibli, et les ministres négligèrent plusieurs fois de le consulter sur des règlements. Peut-être même les textes des ordonnances qui avaient reconstitué le Conseil donnaient-ils alors lieu de penser que son concours n'était pas nécessaire. Ainsi l'ordonnance royale du 1er août 1827, rendue pour l'exécution du Code forestier, n'a pas été préparée par le Conseil d'État. Et même la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale, en confiant à des ordonnances royales, qui doivent être insérées au Bulletin des lois, le soin de déterminer le temps où la pêche sera interdite, les procédés de pêche, les filets et les engins qui peuvent être interdits (art. 26) n'exige pas pour ces règlements l'intervention du Conseil d'État.

Le gouvernement de Juillet a cherché, au contraire, à fortifier l'action du Conseil d'État et l'on citerait peu d'exemples

Digitized by Google

de règlements faits sans son concours de 1830 à 1848 [1]. Mais il suffisait d'un petit nombre de précédents pour faire admettre que le concours du Conseil d'État n'était pas nécessaire dans tous les cas, et les dérogations à la règle ont tendu à se multiplier, tantôt par le motif que la mesure à prendre était urgente, tantôt par la raison qu'il s'agissait de matières spéciales, comportant de très-nombreuses dispositions de détail qui exigeaient des connaissances techniques plutôt que des connaissances juridiques, et que l'examen du règlement par le Conseil d'État retarderait outre mesure des réformes attendues avec impatience.

C'est ainsi que le ministère de la marine n'a pas cru devoir consulter le Conseil d'État sur les règlements du 15 août 1851 et du 28 avril 1852 relatifs au service à bord des bâtiments de la flotte, sur le décret du 5 juin 1856 relatif à l'organisation du personnel des équipages de la flotte, et sur celui du 11 août 1856 concernant la solde, les revues, l'administration et la comptabilité des équipages de la flotte. Il en a été de même pour les décrets du 4 juillet 1853 et du 19 novembre 1859 sur la pêche côtière, ainsi que pour le décret du 10 mai 1862 qui les a notablement modifiés. Et cependant on voit, par le seul énoncé du titre de ces règlements, quelle était la gravité des mesures qui s'y trouvaient prises et par combien de points importants elles touchaient aux droits des citoyens et aux intérêts du trésor public.

D'autre part, lorsque le ministre des travaux publics a cru devoir, en 1868, prendre des mesures afin d'empêcher les abus auxquels donnait lieu la servitude d'extraction des matériaux

[1] Il s'est également appliqué à mettre en relief les services rendus par le Conseil d'État dans les affaires administratives et dans les affaires contentieuses en publiant des comptes rendus périodiques des travaux du Conseil. Ces comptes rendus, devenus plus précieux que jamais depuis l'incendie du palais du quai d'Orsay, ont été publiés en 1835, 1840 et 1845, pour la période comprise de 1830 à 1844.

Deux relevés sommaires des travaux du Conseil d'État institué par la loi du 3 mars 1849 avaient été imprimés en mai 1850 et juin 1851. Les travaux du Conseil d'État réorganisé en 1852 ont été exposés dans deux comptes rendus publiés, le premier en 1862 pour les années 1852 à 1861, le second en 1868 pour les années 1861 à 1866. On trouve dans ces documents, accompagnés de très-nombreux tableaux, des renseignements d'un grand intérêt sur les affaires soumises au Conseil.

Digitized by Google

imposée aux propriétés privées, en vue de l'exécution des routes et autres travaux analogues, par l'arrêt du Conseil du 7 septembre 1755 et la loi du 16 septembre 1807, il avait d'abord songé à faire un simple arrêté ministériel pour prescrire aux entrepreneurs les formalités à suivre dans leurs rapports avec les propriétaires. Mais la section des travaux publics du Conseil d'État, consultée sur le projet d'arrêté, répondit que le ministre n'avait pas, en l'absence d'une délégation expresse de la loi ou d'un décret, qualité pour faire un règlement et qu'il fallait transformer l'arrêté en règlement d'administration publique délibéré en Conseil d'État. Le ministre se rendit à l'avis de la section, mais en partie seulement et il ne crut pas nécessaire de consulter l'assemblée générale du Conseil, ainsi qu'il est prescrit pour les règlements d'administration publique. Le décret du 2 février 1858 indique en effet dans ses visa qu'il a été rendu sur l'avis de la section des travaux publics du Conseil d'État, ce qui implique que le gouvernement aurait pu se dispenser de prendre l'avis du Conseil.

Cette distinction entre les règlements soumis à l'examen du Conseil d'État et ceux qui échappent à son contrôle, doit-elle subsister? Si la question avait été posée au législateur, il nous semble qu'il l'aurait tranchée négativement.

Où serait en effet la raison de distinguer? Si l'intervention du Conseil d'État est jugée nécessaire quand il s'agit de déterminer certaines règles de détail dans les limites fixées par une loi spéciale, comment ne le serait-elle plus quand le gouvernement prend l'initiative d'un règlement pour combler les lacunes de la loi, pour organiser un service public, pour imposer aux citoyens des obligations? N'est-ce pas alors plus que jamais qu'il importe que des garanties soient données à l'intérêt public et aux intérêts privés contre les abus possibles du pouvoir réglementaire, contre une sorte d'usurpation du pouvoir législatif?

Les raisons pour lesquelles le Conseil d'État est appelé à concourir à la préparation des règlements d'administration publique ont été souvent mises en relief. L'exposé des motifs du projet de loi présenté à la Chambre des députés en 1840 s'exprime à ce sujet en ces termes : « Les travaux de cet « ordre complètent et suppléent la législation, dans les dé-

Digitized by Google

« tails compliqués où elle ne peut s'engager, organisent les « services publics, tracent à l'administration dans toutes ses « parties les règles qu'elle doit suivre. Le concours obligé « du Conseil d'État peut seul garantir que l'on conservera « dans la suite de ces règlements l'unité d'esprit et de « principes et les bonnes traditions administratives. Les bu- « reaux des ministères, quels que puissent être leur zèle et leur « expérience, n'auraient ni la généralité de vues ni le temps « nécessaire pour suffire à cette grande tâche. »

Citons encore l'opinion émise par M. Vivien dans ses *Études administratives* avec l'autorité de sa longue expérience : « Assurer l'unité d'application des règles administratives; « empêcher que, pour des cas semblables, les solutions ne « varient avec les départements ministériels; donner à la ré- « daction l'ordre, la simplicité, la clarté qui en sont les mé- « rites essentiels et trop peu appréciés : tel est l'objet de « l'intervention du Conseil d'État... Les règlements d'admi- « nistration publique doivent s'attacher à renfermer chaque « pouvoir dans sa sphère. De même que les lois ne doivent « pas contenir des articles purement réglementaires, de même « les règlements n'admettent point des dispositions de pure « exécution, qui doivent être laissées à l'appréciation de l'ad- « ministration. — Il importe également d'éviter d'y insérer « des dispositions copiées dans la constitution ou dans les « lois. Cette transposition les amoindrit en diminuant leur « autorité. Les citoyens qui trouvent une disposition dans « un simple décret ne savent pas toujours qu'elle est revêtue « de la sanction de la loi; le gouvernement lui-même pourrait « s'y tromper dans des décrets ultérieurs et la modifier « comme purement réglementaire [1].... »

Ces règles si sages, consacrées par les traditions constantes du Conseil, que nous avons vu sans cesse pratiquer, que nous avons pratiquées nous-même, ont-elles rien de spécial aux règlements faits en vertu d'une délégation de la loi? N'est-il pas nécessaire de les suivre pour tous les règlements émanés du chef de l'État?

Et il est précisément à remarquer qu'elles ont cessé d'être suivies quand le Conseil d'État n'a pas été consulté et que

[1] *Études administratives*, 2e édition, t. Ier, p. 312.

Digitized by Google

divers ministères ont plusieurs fois eu le tort de publier sous le nom de règlements et de faire signer par le chef de l'État des compilations renfermant une série de textes de constitutions, de lois, de décrets, d'ordonnances, qui pouvaient être utiles comme instructions ministérielles, mais qui n'étaient pas des actes d'autorité. Cette critique a été très-justement adressée par M. Vivien lui-même à l'ordonnance royale du 31 mai 1838, aujourd'hui remplacée par le décret du 31 mai 1862, qui renferme en 882 articles les règles fondamentales de la comptabilité publique extraites de la constitution, des lois, décrets et ordonnances rendus sur cette matière. Assurément il est utile pour les ordonnateurs, pour les comptables et pour ceux qui contrôlent leurs opérations, d'avoir sous la main, dans un même acte, la collection des textes réunis dans le décret du 31 mai 1862. Mais quand le gouvernement fait un règlement, il fait un acte d'autorité dans les limites du pouvoir qui lui est attribué, et quand les citoyens ou les agents de l'administration ont à demander ou à subir l'application de cet acte, ils doivent pouvoir en justifier l'origine et la légalité. Par conséquent, aucune disposition de la nature de celles que le législateur seul peut prendre, règles de compétence, pénalités, taxes, restrictions au droit de propriété, ne doit figurer, sauf le cas d'une délégation expresse, dans un règlement émané du chef du pouvoir exécutif. C'est au ministre qu'est confié le soin d'instruire ses subordonnés et le public en rappelant dans ses circulaires les dispositions de la loi, et en les commentant au besoin.

La même observation de forme, qui n'est pas sans importance, peut être faite au sujet du règlement général sur l'administration des quartiers et syndicats maritimes, l'inscription maritime, le recrutement de la flotte, la police de la navigation et les pêches, publié par le ministère de la marine le 7 novembre 1866. C'est une instruction ministérielle très-utile à consulter, mais ce n'est pas un règlement proprement dit.

Terminons sur ce point en signalant un exemple d'une irrégularité analogue que l'administration a eu la sagesse de rectifier. La loi du 21 mai 1836, sur les chemins vicinaux, dans son article 21, donne aux préfets le pouvoir de faire, sur certains points qu'elle détermine, des règlements qui doivent

Digitized by Google

être soumis aux conseils généraux et approuvés par le ministre de l'intérieur. Après un certain nombre d'années d'expérience, le ministre avait cru utile, en 1854, d'envoyer aux préfets un modèle d'arrêté qui comprenait non-seulement les règles à prescrire sur les points indiqués dans l'article 21 de la loi de 1836, et à l'égard desquels les préfets avaient une délégation, mais en outre l'ensemble des règles de la législation sur les chemins vicinaux. C'était une sorte de Code comprenant même, sous forme d'articles d'arrêté, le commentaire des dispositions de la loi du 21 mai 1836 sur les prestations en nature, les subventions imposées aux industriels en cas de dégradation extraordinaire, etc. Assurément c'était un manuel utile à consulter; mais il y avait un vice capital dans ce modèle d'arrêté qui plaçait à côté les unes des autres des dispositions qui avaient une force équivalente à celle de la loi et d'autres dispositions sans autorité, qui pouvaient d'ailleurs se trouver inexactes le lendemain du jour où elles avaient été publiées, dans le cas où la jurisprudence sur l'application de la loi fût venue à changer. Ce vice capital, signalé par plusieurs décisions du Conseil d'État au contentieux, a été senti par le ministre de l'intérieur qui a pris le parti de diviser les deux actes qu'on avait eu le tort d'unir en 1854. Il a envoyé aux préfets, en 1870, un modèle d'arrêté réglementaire qui ne touche plus qu'aux points indiqués dans l'article 21 de la loi de 1836, et, à côté de ce modèle d'arrêté, il place une circulaire ministérielle qui embrasse toutes les règles du service et qui sert de guide aux agents de l'administration et au public, sans empiéter sur le pouvoir du législateur, sur les droits de la juridiction appelée à appliquer la loi et sur le pouvoir réglementaire des préfets [1].

Il est temps de conclure. Nous croyons avoir établi qu'il est important que tous les réglements émanés du chef du pouvoir exécutif, sans distinction, soient soumis à l'examen du Conseil d'État.

N'y aurait-il pas un étrange contraste à voir les ministres obligés de consulter le Conseil d'État avant de liquider une pension en faveur des militaires, des marins, des fonction-

[1] Circulaires du 4 août et du 6 décembre 1870 publiées dans le *Bulletin officiel* du ministère de l'intérieur, 1870, p. 297 et 1871, p. 189 et suiv.

Digitized by Google

naires civils ou de leurs veuves, alors qu'il s'agit souvent pour le trésor public d'une somme de quelques centaines de francs à débourser, obligés de consulter le Conseil sur une foule d'affaires d'un intérêt minime et dispensés de prendre son avis pour un règlement qui toucherait aux droits des citoyens, à l'intérêt du trésor public et dont l'importance serait capitale?

Et qu'on ne dise pas que la délibération du Conseil, qui présente, on ne le méconnaîtra pas, beaucoup de garanties, entraîne des lenteurs. Ces lenteurs ne sont pas à redouter, et en pareil cas la précipitation serait souvent regrettable. Le Conseil d'État a son point de vue spécial qui échappe souvent aux conseils techniques et aux bureaux les plus éclairés. D'ailleurs combien d'œuvres considérables et de longue haleine sont sorties des délibérations du Conseil d'État! Il suffit de citer les Codes de justice militaire pour l'armée de terre et pour l'armée de mer, adopté en 1857 et 1858, et contenant, le premier 277 articles, le second 376 articles.

Si l'on devait faire une exception, ce serait peut-être pour les règlements qut n'auraient pas un caractère permanent, et qui seraient motivés par des circonstances spéciales et urgentes. Mais ces cas d'exception sont bien rares, et la nécessité de l'intervention du Conseil d'État pour tous les règlements faits par le gouvernement nous semblerait un principe essentiellement utile et sans inconvénients sérieux. Il appartiendra au législateur d'apprécier le vœu que nous avons cru devoir lui soumettre. LÉON AUCOC.

DES ASSURANCES SUR LA VIE

CONSIDÉRÉES AU POINT DE VUE FISCAL.

Par P. DELOYNES,
professeur de droit administratif à la Faculté de Douai.

M. Ch. Ellis dans un traité publié en 1838 et intitulé : *The Law of fire and insurance*, nous donne la définition suivante : « L'assurance sur la vie est un contrat par lequel « les assureurs s'engagent, moyennant une somme consistant

Digitized by Google

« en un capital une fois payé, ou, ce qui est plus commun,
« moyennant un payement annuel, à payer à celui dans l'in-
« térêt duquel l'assurance est faite, ou aux ayants cause de
« l'assuré, suivant les cas, une somme stipulée, à la mort de
« l'assuré, à quelque époque qu'elle ait lieu, s'il s'agit d'une
« assurance sur la vie entière, ou, s'il s'agit d'une assurance
« pour un certain nombre d'années, au cas où la mort sur-
« viendrait dans l'intervalle. »

Fort anciennement pratiqué en Angleterre, ce contrat n'a été introduit en France qu'à une époque relativement récente [1]. Les développements qu'il a reçus se sont donc produits depuis la rédaction des lois qui régissent aujourd'hui encore notre société française. Le silence de nos Codes sur cette convention prouve combien une réforme de notre législation est urgente; le législateur doit les adapter aux besoins nouveaux d'une société pour laquelle ils sont manifestement insuffisants. Le contrat d'assurance sur la vie, presque inconnu à l'époque de la rédaction de notre Code civil et de notre Code de commerce, n'a pu se développer chez nous que grâce à la disposition générale de l'article 1134 du Code civil. Malgré les critiques d'un magistrat éminent, il a pris une importance considérable; et nous ne pouvons donner d'autre motif de ce développement rapide, mais encore trop lent suivant nous, que celui-ci : il répond à un besoin de la société, aux inspirations les plus pures et les plus légitimes de la nature humaine. Chose vraiment singulière ! C'est au sein d'une société à laquelle on reproche son égoïsme que ce contrat de prévoyance se multiplie constamment. Nous assistons ainsi chaque jour à un spectacle bien fait pour fortifier notre confiance dans l'avenir; des pères de famille s'imposent des sacrifices dans le présent pour assurer l'avenir de leurs enfants. Noble et salutaire pensée de prévoyance, qui resserre les liens de la famille et en groupe tous les membres autour de son chef.

Le développement de ce contrat éprouve cependant des

[1] La première société d'assurances sur la vie (*Amicable Society*) fut fondée à Londres en vertu d'une charte de la reine Anne de l'année 1706. En France, elles furent prohibées par la célèbre ordonnance de la marine de 1681. On trouve cependant en 1787 et 1788 des arrêts du conseil autorisant des assurances sur la vie.

Digitized by Google

lenteurs, subit des retards. Quelle peut en être la cause? Grave question qui exigerait de notre part des développements étendus. Les limites de cet article ne nous permettent pas de nous lancer dans cette discussion. Nous ne ferons que résumer les motifs qui, suivant nous, expliquent ces faits. Si le contrat d'assurance sur la vie n'est pas universellement pratiqué, c'est qu'il ne s'adresse pas à tous indistinctement, c'est qu'il ne présente pas pour tous les citoyens un intérêt suffisant. En effet, ceux qui possèdent une fortune acquise n'ont pas généralement recours à ce contrat; ils préfèrent administrer sagement leur patrimoine plutôt que de courir les chances inégales d'une assurance sur la vie. Une semblable convention n'offre pas à leur famille assez d'avantages pour qu'ils s'exposent à des risques aussi considérables de perte. Ce contrat est surtout utile à ceux dont la principale ressource consiste dans le produit de leur travail ou de leur industrie personnelle. Il faut leur expliquer les avantages particuliers qu'il peut leur offrir, combattre l'ignorance qui a longtemps été et est encore un obstacle au développement de cette utile institution, de même qu'elle est un obstacle pour les plus justes réformes. Enfin, parmi les personnes qui peuvent profiter de cette institution, il en est un certain nombre, par exemple les ouvriers, qui ne disposent que de ressources assez restreintes et ne peuvent contracter des assurances que pour des sommes relativement peu élevées. De semblables conventions n'offrent pas aux compagnies des avantages assez considérables pour qu'elles cherchent à les multiplier; elles négligent pour ces motifs les petites assurances. Préoccupé de l'intérêt du plus grand nombre, le gouvernement français a suivi l'exemple donné par l'Angleterre; l'initiative gouvernementale a dû accomplir l'œuvre que l'initiative individuelle laissait en souffrance; la loi du 11 juillet 1868 a créé, sous la garantie de l'État, une caisse spéciale pour ces assurances. Il y a, en effet, un intérêt public à favoriser dans les classes ouvrières cet esprit de prévoyance; les contrats d'assurance en sont l'une des plus énergiques manifestations. C'est ce que l'on reconnut à cette époque et l'intervention de l'État se légitime facilement; car, ainsi que le dit l'auteur de l'exposé des motifs, « l'expérience a ainsi consacré une es- « pèce de limite à l'action de l'industrie privée en matière

Digitized by Google

« d'assurances, et là où l'absence de bénéfice met fin au rôle « des compagnies, là un grand intérêt public donne nais- « sance à celui de l'État. » Telles sont les causes multiples de la lenteur relative avec laquelle se développent en France les assurances sur la vie.

On ne peut donc pas être surpris que le législateur ne se soit pas spécialement occupé de ce contrat : à défaut de texte de loi, il est régi par la convention des parties et par les principes généraux de nos lois civiles et commerciales. Les tribunaux ont eu, dans ces dernières années, l'occasion de faire l'application de ces idées, et ils ont réussi au point de vue civil à déterminer avec précision le sens et la portée de ces conventions. Mais l'assurance opère au profit du bénificiaire une transmission de propriété mobilière. Quels droits peut percevoir sur de semblables contrats l'administration de l'enregistrement? Les tribunaux n'ont eu que rarement l'occasion de se prononcer sur cette grave et délicate question. Pour la résoudre il nous faudra rechercher avec soin la nature et les effets du contrat d'assurance sur la vie.

Lorsqu'une police d'assurance est présentée à la formalité de l'enregistrement, on devra lui appliquer la loi du 22 frimaire de l'an VII et exiger le droit de 1 p. 100 établi par le législateur. Le silence de la jurisprudence sur ce point s'explique tout naturellement, soit parce que l'enregistrement des polices d'assurances n'étant pas obligatoire aux termes de la loi, elles ne sont présentées à l'enregistrement qu'en cas de difficulté, soit parce que l'application des principes généraux de l'enregistrement à cette matière s'opère sans contestation.

Mais la solution devient plus difficile si nous nous reportons au moment où le bénéficiaire va toucher de la compagnie le montant de l'assurance ; il reçoit ainsi une libéralité ; doit-il être, au point de vue de la régie, assimilé à un héritier ordinaire ou à un donataire éventuel et acquitter à ce titre les droits dus pour toute mutation par décès? Doit-il être considéré comme un donataire entre-vifs et peut-on exiger de lui le payement du droit proportionnel de donation? Ou enfin les prétentions de l'administration de l'enregistrement sont-elles contraires aux textes et aux principes de la loi?

C'est à l'examen de cette grave et délicate question que

Digitized by Google

nous voulons consacrer cet article. Nous supposerons pour cette étude, que l'assuré a contracté une assurance en cas de décès. Il s'est obligé (c'est le cas le plus ordinaire) à verser chaque année une certaine prime dans la caisse de la compagnie d'assurance, et il a stipulé qu'à son décès il serait payé à sa succession, à ses héritiers ou à un tiers désigné, une somme plus ou moins élévée suivant l'importance de son versement annuel en tenant compte de son âge au moment du contrat.

L'assuré ne stipule pas le plus souvent à son profit personnel; moyennant un sacrifice minime, le payement des primes, il garantit le bénificiaire contre le préjudice que lui causerait son décès prématuré. Tel est le but qu'il poursuit; pour être conforme à son intention, il faut que la stipulation soit faite au profit de tierces personnes chères à l'assuré, et dont il veut assurer l'existence et l'établissement. La validité d'un semblable contrat nous paraît au-dessus de toute contestation, bien qu'un éminent magistrat ait critiqué cette solution. Nous sommes ici en présence d'une stipulation au profit d'un tiers dans les termes de l'article 1121 du Code civil; la cause de l'obligation contractée par l'assuré réside dans l'obligation corrélative contractée par la compagnie. L'un s'oblige à payer les primes, l'autre à verser au décès le capital stipulé dans l'acte. L'assuré accomplit un acte de prévoyance conforme à toutes les lois de la morale. Le contrat me semble donc réunir toutes les conditions exigées par la loi pour sa validité.

Je dis que nous sommes en présence d'une stipulation valable aux termes de l'article 1121 du Code civil. En effet, pourquoi la stipulation faite par une personne au profit d'un tiers est-elle en principe inutile et inefficace? C'est parce qu'il ne peut en naître aucune action; c'est parce que personne n'a qualité pour contraindre le promettant à l'exécution de sa promesse.

Le tiers au profit duquel a été faite la stipulation n'a pas ce pouvoir; car il est étranger à l'acte intervenu; c'est pour lui *res inter alios acta*.

Le stipulant n'en a pas davantage le droit, parce que toute action suppose un intérêt et qu'il n'a à l'exécution de la pro-

Digitized by Google

messe aucun intérêt pécuniaire appréciable, susceptible de devenir l'objet d'une condamnation judiciaire.

Au contraire, dans le contrat d'assurance sur la vie, le stipulant a un intérêt certain, il a une action, donc la convention est valable aux termes de l'article 1121. En effet, la promesse faite par la compagnie d'assurance est la cause, la condition d'une obligation que le stipulant contracte pour lui-même : il s'oblige à payer annuellement une prime déterminée par la police; du moment où il a un intérêt appréciable en argent, du moment où il a une action, la stipulation est valable.

Tel est le principe dont le législateur a fait l'application à une hypothèse spéciale dans l'article 1121, § 2, du Code civil. Cette interprétation, aussi conforme au texte qu'à l'esprit de la loi, est acceptée par la jurisprudence et par la doctrine. Qu'il nous suffise d'invoquer à l'appui de notre thèse l'autorité de l'éminent doyen de la Faculté de droit de Caen. Voici comment s'exprime à cet égard M. Demolombe (*Traité des contrats*, t. I, n° 247) : « Cette explication prouve assez que « notre article 1121 n'est qu'énonciatif lorsqu'il ne cite que « le cas d'une donation. Il est évident, en effet, qu'il faut « appliquer la même doctrine à toute espèce d'aliénation, « non-seulement à titre gratuit, mais encore à titre onéreux, « qui aurait été faite sous la condition que l'acquéreur ac- « complirait une certaine prestation au profit d'un tiers. » (Comp. Pothier, *Des obligations*, n° 71.)

La conclusion à laquelle nous conduisent ces principes est admise, nous pourrions dire sans contestation sérieuse, pour le cas où le bénéficiaire de l'assurance est un tiers désigné nominativement dans la police d'assurance et existant au moment même du contrat. Mais certains auteurs refusent d'étendre cette solution au cas où la stipulation est faite au profit des héritiers ou des ayants droit de l'assuré. Ils soutiennent qu'une semblable stipulation est inutile parce qu'elle s'adresse à des personnes incertaines. Ils ne vont pas jusqu'à l'arguer de nullité; ils ne prétendent pas que le contrat, dont elle est la cause, soit atteint et frappé de la même nullité; mais ils cherchent à démontrer qu'elle est superflue, qu'elle est l'expression surabondante et inutile de la règle de l'article 1122, aux termes duquel « on est censé

Digitized by Google

« avoir stipulé pour soi et ses héritiers et ayants cause. » De ces prémisses ils tirent la conclusion suivante : l'assuré stipule valablement, mais il stipule pour lui et à son profit personnel; ses héritiers profiteront bien de la stipulation, mais ils en recueilleront le bénéfice en vertu de leur vocation héréditaire, et non pas en vertu de la police d'assurance et du droit personnel qu'elle leur conférerait. Voici en quels termes M. Garnier formule cette doctrine (*Répert. pér. de l'enregistrement*, art. 1921, n° 5) : « On peut, il est « vrai, aux termes de l'article 1121 du Code civil, stipuler « pour autrui, mais c'est à la condition que le tiers pour « lequel on stipule soit existant et connu à l'époque de la sti- « pulation. Or, au moment où l'assurance a été contractée, « la succession de l'assuré n'était pas ouverte, il n'avait pas « d'héritier et ne pouvait pas, en conséquence, stipuler pour « eux directement; *ou du moins la stipulation faite à leur « profit dans le contrat d'assurance n'est qu'une expression inu- « tile de la stipulation tacite et de plein droit qui existe dans « tous les contrats aux termes de l'article* 1122 du *Code civil:* « cela revenait à dire que la somme ou la rente assurée se- « rait payable au décès du stipulant. »

Il m'est impossible d'admettre une semblable interprétation. Nous ne pouvons nous empêcher de faire remarquer tout d'abord que M. Garnier ose à peine arguer de nullité une semblable convention. C'est qu'en effet il n'existe pas dans nos lois de disposition qui prohibe de semblables stipulations; or on sait que les nullités sont de droit étroit et ne se suppléent pas. En conséquence nous devons, en vertu de l'article 1134 du Code civil, conclure en faveur de leur validité.

Il en eût été autrement à Rome à l'époque où toutes les stipulations *post mortem stipulatoris* étaient frappées d'une nullité radicale. Ce n'était, du reste, qu'une application particulière des principes généraux sur les stipulations et les actions. La jurisprudence romaine avait admis que l'on ne peut pas par une stipulation faire acquérir à un tiers l'action *ex stipulatu*. Aussi la décision était-elle la même dans le cas où l'on avait stipulé pour un tiers et dans celui où l'on avait stipulé directement pour ses héritiers. Mais ces dispositions du droit romain primitif furent modifiées par Jus-

Digitized by Google

tinien dans deux Constitutions des années 528 et 531 [1]. Il abrogea la règle en vertu de laquelle *ab hæredibus vel contra hæredes actiones incipere non possunt*. A la rigueur des anciens principes du droit civil, il substitua une règle nouvelle plus conforme à l'équité et à la justice. Ce qu'il recherche avant tout, c'est l'intention des parties, et, pour s'y conformer, il proclame la validité de semblables stipulations.

Cette solution, consacrée par la législation justinienne, nous semble devoir être encore admise. Elle apparaît à nos yeux comme une conséquence directe de l'article 1134; elle nous paraît implicitement consacrée par l'article 1121. Le mot tiers employé par le texte est synonyme de ceux-ci : toute personne autre que le stipulant. La liberté des conventions proclamée par le législateur emporte comme une conséquence nécessaire la validité de cette stipulation. Le droit du tiers au profit duquel a été faite la stipulation ne pourra être exercé qu'au décès du stipulant; la personne même du bénéficiaire, quand on stipule directement pour ses héritiers, ne sera connue qu'au même moment; mais c'est une condition légalement insérée dans la convention, et du moment où elle sera accomplie, le droit du bénéficiaire remontera au jour même du contrat, conformément à l'article 1179 du Code civil.

Mais, dit-on, la personne du bénéficiaire est inconnue et incertaine au moment du contrat. Qu'importe? N'est-il pas certain qu'elle sera nécessairement déterminée par un événement ultérieur, n'est-il pas certain qu'elle sera connue au moment où le bénéfice de l'assurance deviendra exigible? Dans ces conditions, on satisfait parfaitement aux exigences de la raison et de la loi. N'est-il pas admis, par exemple, en matière de testament, que la personne du légataire est suffisamment désignée quand, par suite d'un événement ultérieur, sa qualité doit être déterminée d'une manière certaine et inévitable? Il y a là évidemment même incertitude quant à la personne du gratifié, et le législateur en a admis la valadité. Pourquoi n'appliquerions-nous pas une règle analogue dans une matière dominée, non pas par des règles rigoureuses

[1] L. 11, C., *De contrah. et committ. stipul.* (8, 38); L. un., C., *Ut act. et ab hæred. et contra hæredes incip.* (4, 11).

Digitized by Google

comme celles des donations ou des testaments, mais par le principe de l'article 1134 et la liberté des conventions ?

M. Garnier a senti toute la portée d'une semblable argumentation, et il propose, non pas d'annuler la convention, mais de considérer comme inutile la stipulation au profit des héritiers. Une semblable interprétation est inadmissible parce qu'elle enlèverait tout intérêt à la clause insérée par les parties. Elle va dès lors directement contre le texte de l'article 1157, aux termes duquel « lorsqu'une clause est sus-« ceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui « avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens « avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. »

L'assurance ainsi légalement consentie par les parties poursuit son cours; l'assuré a régulièrement payé les primes mises à sa charge; il décède : le capital stipulé par lui devient exigible; les bénéficiaires de l'assurance vont en recueillir le bienfait Doivent-ils payer de ce chef des droits de mutation par décès ou un droit proportionnel de donation ? Nous rechercherons d'abord si l'administration de l'enregistrement peut réclamer un droit de mutation par décès; nous nous occuperons ensuite du droit proportionnel de donation.

I.

DU DROIT DE MUTATION PAR DÉCÈS.

Pour procéder régulièrement nous distinguerons deux hypothèses : 1° celle ou l'assuré a stipulé au profit de ses héritiers ou ayants droit; 2° celle où il a stipulé au profit d'un tiers connu et existant au moment du contrat.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE.

IL A STIPULÉ AU PROFIT DE SES HÉRITIERS.

L'administration de l'enregistrement exige dans ce cas le droit de mutation par décès. Voici comment elle développe et justifie son opinion dans une solution qui porte la date du 11 janvier 1868 :

« Il résulte d'un arrêt de la Cour de Paris du 5 avril 1867 « que lorsque l'assuré vient à décéder, la somme assurée qui

Digitized by Google

« représente le bénéfice de l'assurance n'est pas dans la suc-
« cession, puisque le bénéfice, ne lui ayant pas appartenu à
« lui-même, n'a jamais été ni pu être dans son patrimoine.
« Mais on ne peut conclure de cette solution que les héritiers
« qui recueillent tout ou partie du bénéfice de la succession
« n'aient aucun impôt à payer de ce chef. — Dans l'affaire
« qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de Lyon du
« 2 juin 1863, M. l'avocat général, en présentant ses conclu-
« sions, disait : « De même que je puis, en payant immédia-
« tement un capital, assurer à un tiers le payement d'une
« rente viagère à mon décès, de même je puis, en payant une
« prime pendant ma vie, assurer après mon décès le payement
« d'un capital à un tiers. Dans ce cas, comme dans l'autre, il
« y a, en vertu de l'article 1973 du Code civil, un contrat
« onéreux entre la compagnie et moi; il y a, de plus, une
« libéralité de ma part envers letiers bénéficiaire. » — Or, il
« est de jurisprudence constante que, dans le cas de l'arti-
« cle 1973, la libéralité que le tiers recueille, lors du décès,
« en vertu de la clause contenue à son profit dans le contrat
« principal, est passible du droit de mutation par décès.
« C'est ce que les chambres réunies de la Cour de cassation
« ont reconnu par un arrêt du 23 décembre 1862, qui décide
« que l'acte portant vente d'un immeuble, moyennant une
« rente réversible sur la tête d'un tiers au décès du vendeur,
« donne ouverture au droit de mutation lors de l'événement.
« Dans ce cas cependant, comme lorsqu'il s'agit d'un contrat
« d'assurance, la somme ne sort pas du patrimoine du dé-
« funt; le tiers appelé à jouir du bénéfice de la rente la
« recueille en vertu d'un droit né dès le moment du contrat
« de vente. Mais il suffit que le bénéfice trouve sa cause
« efficiente dans le décès pour que le droit de mutation soit
« exigible. On peut encore invoquer, par analogie, la doctrine
« de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 mars 1860, portant
« qu'un droit de mutation par décès doit être perçu sur les
« sommes d'argent qu'un donataire entre-vifs d'immeubles a
« été chargé de payer aux héritiers naturels du donateur.
« Dans ce cas, comme dans celui qui nous occupe, la somme
« payée par le donataire aux héritiers du donateur n'a jamais
« fait partie du patrimoine de ce dernier, et cependant la
« Cour décide qu'elle est passible des droits de mutation,

Digitized by Google

« parce que les héritiers la recueillent « en vertu d'une dis-« position gratuite subordonnée au décès du donateur. » — « Les mêmes motifs sont applicables au cas de l'assurance, « et les droits de mutation par décès sont dus sur la somme « de 100,000 francs payée aux héritiers par la compagnie. »

L'administration admet ainsi que le droit de mutation par décès est dû dans tous les cas par les héritiers qui recueillent le bénéfice de l'assurance. Prise dans sa généralité, cette solution ne nous semble pas conforme à la loi, et nous allons essayer de démontrer que la justice devra le plus souvent repousser les prétentions de la régie.

Il est tout d'abord un cas qui ne présente pas de difficulté sérieuse, et dans cette première hypothèse nous accepterions sans hésitation la solution de la régie de l'enregistrement. Il est possible que l'assuré ait voulu que le bénéfice de l'assurance fasse partie de sa succession. Une semblable intention peut être indiquée d'une façon expresse dans la police d'assurance : v. g. l'assuré a stipulé que la compagnie, lors de son décès, *payerait à sa succession* une certaine somme. A défaut de termes exprès, cette intention peut s'induire de la rédaction même de la police et des diverses stipulations qu'elle renferme.

Dans cette première hypothèse, il ne saurait y avoir aucune espèce de difficulté. Le bénéficiaire de la police, ce n'est pas l'héritier, mais la succession; la créance contre la compagnie d'assurance fait partie de l'actif successoral, et l'héritier la recueille comme toutes les autres valeurs de la succession *jure hereditario* et non *proprio jure*. Lorsqu'il est bien prouvé que telle a été l'intention de l'assuré, sa volonté doit être religieusement respectée. Nous ne faisons ici qu'appliquer la règle générale de l'article 1134 du Code civil. La justice doit s'incliner devant cette manifestation parfaitement légale de l'intention des parties. Ainsi le juge n'aura qu'à rechercher ce qu'ont voulu les parties contractantes, et il devra faire ensuite à leur convention l'application des principes du droit. S'il est prouvé que l'intention des parties a été d'attribuer à la succession de l'assuré le bénéfice de l'assurance, les juges auront à en déduire d'importantes conséquences :

1° Le bénéfice de l'assurance devient le gage des créanciers

Digitized by Google

du *de cujus;* il peut être compris dans une demande en séparation des patrimoines; il peut être frappé par eux de saisie-arrêt.

2° Celui-là seul peut le recueillir, qui accepte la succession. L'héritier renonçant ne saurait y prétendre droit.

3° Le bénéfice de l'assurance est transmis aux héritiers au moment du décès au même titre que tous les autres biens de la succession. Ils doivent dès lors le comprendre dans la déclaration de succession et acquitter de ce chef le droit de mutation par décès. Ce droit doit être calculé, non pas sur le montant des primes versées, mais sur la somme à payer par la compagnie, parce que c'est la valeur transmise.

Le tribunal de Lille a fait une juste application de ces principes dans un jugement du 24 décembre 1868 (Sir., 1869, 2, 217; D. P., 1869, 3, 71). Dans cette espèce, il s'agissait d'une assurance mixte; l'assuré avait stipulé qu'il lui serait payé une certaine somme à lui-même à une date indiquée dans la police, ou à ses héritiers aussitôt après son décès, survenu pendant la durée de l'assurance. Les héritiers de l'assuré reconnaissaient que, d'après l'intention des parties, la créance contre la compagnie faisait partie de l'actif de la succession. Dès lors il n'y avait pas de contestation sur ce premier point; par conséquent cette valeur était transmise avec tous les autres biens du *de cujus* aux héritiers acceptants, et ils devaient payer le droit de mutation par décès. Seulement le débat portait sur le chiffre qui devait servir de base à la liquidation de l'impôt. Suivant les héritiers, le montant des primes versées était seul passible du droit de mutation. Cette prétention n'était évidemment pas admissible : car ce qui est transmis c'est la créance contre la compagnie, et non pas la valeur des primes. Le tribunal de Lille a donc fait une saine application de la loi en calculant le droit de mutation sur le capital dû par la compagnie d'assurance.

Mais je crois que cette hypothèse se présentera bien rarement; car, ainsi que nous l'avons déjà dit, le contrat d'assurance est un contrat d'indemnité; il a pour but de protéger le bénéficiaire contre le préjudice que lui fera éprouver le décès de l'assuré. Or à qui ce décès peut-il causer un préjudice appréciable en argent? Est-ce à l'assuré lui-même? Évidemment non. Ceux qui en souffrent ce sont des tiers, ce

Digitized by Google

sont ses enfants, ses héritiers; et dès lors l'intention des parties nous semble être d'en attribuer le bénéfice à ces tiers intéressés et non pas à la succession de l'assuré. Le but même qu'il se propose d'atteindre nous détermine à interpréter ainsi son intention et sa volonté. En réalité c'est le bénificiaire qui est assuré, c'est lui qui se trouve garanti par ce contrat contre un préjudice d'une certaine nature; c'est à son profit qu'a été fait le contrat d'assurance; c'est enfin en son nom qu'a eu lieu la stipulation. Le contrat n'a donc fait naître aucun droit au profit de l'assuré; le bénéfice de l'assurance ne lui a jamais appartenu; à aucun moment il n'a fait partie de ses biens; il n'a donc pas pu le transmettre à son décès à celui qui a le droit d'en réclamer l'émolument.

On fait cependant une objection à ces déductions rigoureuses; on la tire des termes mêmes de la stipulation. En effet, on emploie dans les polices d'assurances le mot *héritiers*. On stipule à leur profit, et l'on cherche dans cette rédaction la preuve que dans l'esprit de l'assuré la transmission de l'assurance est une mutation par décès et doit être assimilée à la transmission de toutes les autres valeurs héréditaires. Nous ne croyons pas qu'il faille attacher une aussi grande importance au mot *héritiers* employé par les contractants. Si l'on y a eu recours c'est parce que sous cette expression générale se trouvent compris les enfants ou les successibles nés et à naître et qui ont tous un droit égal à la sollicitude paternelle. Ce n'est pas à l'aide de cette expression que l'on pourra déterminer l'intention des parties; on y parviendra en s'attachant à la nature du contrat et au but que se proposent les parties. A ce point de vue il n'y a pour nous aucun doute; il naît au moment du contrat un droit personnel au bénificiaire, et ce droit n'a jamais appartenu à l'assuré.

La transmission s'en est opérée au moment de la perfection du contrat; le droit du bénéficiaire est écrit dans la police; elle est son titre; et lorsque la compagnie paye entre ses mains la somme stipulée, c'est sa chose qu'il reçoit, et non pas une valeur héréditaire. Ce bien est sorti du patrimoine de l'assuré, le jour où a été signée la police; à partir de ce moment il y a eu aliénation, dessaisissement de sa part. Lorsque la condition du décès se réalise, elle opère comme toutes

Digitized by Google

les conditions et rétroagit au jour même du contrat, conformément à l'article 1179 du Code civil.

Telle est l'interprétation la plus conforme à l'intention des parties contractantes, celle qui, suivant nous, doit triompher si l'on admet qu'une semblable stipulation soit valable en vertu de l'article 1121 du Code civil.

Voyons maintenant quelles sont les conséquences de cette doctrine.

1° La créance contre la compagnie d'assurance, ne faisant pas partie du patrimoine de l'assuré, n'est à aucun titre le gage de ses créanciers. Elle ne saurait être comprise dans une demande en séparation des patrimoines; ils ne peuvent pas non plus la frapper de saisie-arrêt. C'est ce qu'ont décidé avec raison de nombreux arrêts. Lyon, 2 juin 1863 (Sir., 1863, 2, 202; D. P., 1863, 2, 119); — Caen, 11 janvier 1863; — Colmar, 27 février 1865 (Sir., 1865, 2, 337; D. P., 1865, 2, 93); tribunal d'Anvers, 23 mars 1866; Cour de Bruxelles, 2 août 1866.

2° Le bénéfice de l'assurance appartient à ceux qui sont appelés à recueillir la succession, et ils peuvent exercer ce droit alors même qu'ils renonceraient à la succession. C'est leur propre chose qu'ils reçoivent en vertu d'un droit personnel né du contrat d'assurance. Lyon, 2 juin 1863, *supra*; — Colmar, 25 février 1865, *supra;* — Bruxelles, 2 avril 1866; — Paris, 5 février 1867 (Sir., 1867, 2, 249; D. P., 1867, 2, 221).

3° Comme le bénéficiaire reçoit cette somme en vertu d'un droit personnel, il ne s'opère aucune transmission au moment du décès; il n'est dû dès lors aucun droit de mutation par décès. Tribunal de Saverne, 21 mai 1869 (Sir., 1870, 2, 160; D. P., 1870, 3, 13).

La régie de l'enregistrement repousse cette doctrine, ainsi qu'on l'a vu par la solution rapportée ci-dessus. Suivant elle, « il suffit que le bénéfice trouve sa cause efficiente dans « le décès pour que le droit de mutation soit exigible. » Examinons avec soin cette thèse pour en déterminer la portée et l'étendue; nous verrons ensuite si elle s'applique en notre matière.

Il est de jurisprudence constante que si la transmission du droit est subordonnée à la condition du décès du disposant,

Bayerische Staatsbibliothek München

Digitized by Google

il y a alors mutation par décès, et le droit de mutation par décès doit être acquitté (Cass. 21 mars 1860, Sir., 1860, 1, 472, — Cass. 6 juillet 1863, Sir., 1863, 1, 421). C'est aux donations éventuelles que la Cour suprême a fait l'application de cette règle; ces conventions, en effet, n'opèrent aucune transmission de valeurs au moment où elles se forment; elles ne doivent du reste sortir à effet que si le donataire survit au donateur; ce n'est qu'au moment du décès que se réalisent la donation et la transmission; tel est, par exemple, le cas de l'institution contractuelle. La condition du décès n'opère pas ici comme les conditions du droit commun; elle ne rétroagit pas au jour du contrat; le droit du donataire est subordonné à la condition de survie; il ne s'étend que sur les biens existants au moment du décès, et il les saisit dans l'état où ils se trouvent à cette époque; par conséquent il y a ici une mutation dont le décès est la cause efficiente, et le donataire gratifié d'une semblable libéralité devra acquitter le droit de mutation par décès.

Le bénéficiaire d'un contrat d'assurance sur la vie doit-il être assimilé à un institué contractuel ou à un donataire éventuel? Je ne le crois pas; le décès de l'assuré ne lui transfère aucun droit, il ne donne pas naissance au droit du bénéficiaire : celui-ci remonte au jour même de la police qui le constate. Le décès est le terme incertain qui rend exigible la créance contre la compagnie d'assurance. Il y a donc à ce point de vue une très-grande différence entre l'assurance sur la vie, contrat *sui generis*, et l'institution contractuelle. Le droit du bénéficiaire est fixé et déterminé au moment même du contrat, et à l'échéance il reçoit le capital stipulé des mains de l'assureur et non de la succession de l'assuré, auquel cette créance n'a jamais appartenue. L'objection formulée par la régie ne saurait donc nous rrêter.

C'est seulement, il est vrai, au moment du décès que l'on connaît les personnes appelées à recueillir le bénéfice de l'assurance, lorsque la stipulation a été faite par l'assuré au profit de ses héritiers. Nous sommes en présence d'une condition qui détermine et fait connaître le bénéficiaire du droit, mais son accomplissement ne donne pas naissance au droit : c'est au moment du contrat qu'est né le droit du bé-

Digitized by Google

néficiaire à la créance contre la compagnie; et par suite de l'événement de la condition et de son effet rétroactif, c'est au même instant que remonte la détermination du titulaire de ce droit. Par conséquent, au décès de l'assuré il ne s'opère aucune mutation; il n'est dû à la régie aucun droit de mutation par décès.

La régie nous oppose encore un arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 23 décembre 1862 (Sir., 1863, 1, 46; D. P., 1863, 1, 64); mais nous croyons que c'est à tort qu'elle l'invoque dans l'espèce. Voyons d'abord l'hypothèse sur laquelle a statué la Cour suprême. Un propriétaire aliène un immeuble moyennant une rente viagère réversible à son décès sur la tête d'un tiers. Cette libéralité, dont l'effet est subordonné à la condition de la survie du tiers gratifié, constitue incontestablement une donation éventuelle; elle doit, lorsque la condition se réalise, être frappée des droits de mutation par décès. Telle est la décision renfermée dans cet arrêt du 23 décembre 1862. Mais pourquoi en est-il ainsi? C'est que la rente viagère repose tout d'abord sur la tête du vendeur, et que la transmission ne peut s'en opérer qu'au moment de son décès; c'est à partir de ce moment que le tiers qui profite de la clause de réversibilité devient propriétaire de rente viagère. A ce point de vue sa situation présente une certaine analogie avec celle de l'institué contractuel.

Mais les choses se passent tout autrement lorsqu'il s'agit d'une assurance sur la vie. Ce n'est pas seulement à partir du décès que l'héritier gratifié devient créancier de la compagnie d'assurance; par l'effet rétroactif de la condition, son droit remonte au jour de la convention, au jour où la police a été signée. Le décès de l'assuré n'opère pas de transmission, il est seulement un terme mis à l'exigibilité de la créance. Par conséquent il n'y aucune assimilation à établir entre le bénéficiaire d'une assurance sur la vie et le tiers au profit duquel une rente viagère est stipulée réversible. La régie a donc tort d'invoquer à l'appui de sa thèse l'arrêt solennel du 23 décembre 1862.

On remarquera en outre qu'il existe une autre différence entre ces deux hypothèses. En effet, lorsqu'il s'agit d'une rente viagère réversible, il n'est pas certain que le droit du tiers prenne naissance. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que

Digitized by Google

le tiers survive à l'auteur de l'aliénation ; autrement la rente serait éteinte. L'existence de la rente et sa transmission dépendent de cette condition de survie. Rien de semblable ne se présente pour l'assurance sur la vie : l'existence de la créance contre la compagnie est certaine dès le premier jour, et ce droit appartient à une personne dont l'individualité sera déterminée au moment du décès de l'assuré. C'est pour nous un nouveau motif de repousser l'argument d'analogie que l'on prétend tirer de l'arrêt de 1862.

La régie invoque encore à l'appui de ses prétentions un arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 21 mars 1860 (Sir., 1860, 1, 472 ; D. P., 1860, 1, 141) dans l'espèce suivante : Une dame veuve Amory avait fait donation à Marcel Amory, son neveu par alliance, de tous ses immeubles ; elle lui avait par le même acte imposé certaines obligations, notamment celle de payer 80,000 francs aux héritiers de son défunt mari en proportion de leurs parts héréditaires, et 120,000 francs à ses héritiers naturels d'après leurs qualités héréditaires. La régie voulait exiger des droits de mutation par décès des héritiers naturels de la donatrice ; ceux-ci résistaient à cette prétention, et c'est sur ce point qu'a eu à statuer la Cour de cassation. S'il y avait eu simultanéité entre les deux transmissions, il est certain que par application de l'avis du Conseil d'État des 2-10 septembre 1808, l'acquit du droit sur la donation principale aurait affranchi du droit de mutation la donation secondaire ; car la jurisprudence a fait à la donation avec charges l'application de cet avis du Conseil d'État, édicté pour les héritiers et légataires universels grevés de legs particuliers. Mais comme il n'y avait pas simultanéité de transmission, l'avis du Conseil d'État n'était pas susceptible d'être appliqué ; il fallait chercher ailleurs la raison de décider. Se fondant sur l'incertitude qui planait sur la personne des gratifiés et sur la quotité de leurs droits, la Cour de cassation a admis qu'il devait être payé un droit de mutation par décès et a cassé la décision contraire du tribunal de Soissons.

La régie trouve une complète analogie entre cette hypothèse et celle d'une assurance sur la vie, dont le bénéfice a été stipulé au profit des héritiers de l'assuré. En effet, dans l'un et l'autre cas, la personne du gratifié est également in-

Digitized by Google

certaine au moment du contrat; elle ne sera déterminée et connue qu'à l'époque du décès de l'assuré; alors seulement on pourra fixer la quotité des droits de chaque bénéficiaire, s'il en existe plusieurs.

Malgré cette considération, dont nous sommes loin de contester la gravité, il nous est cependant impossible d'accepter l'argumentation de la régie, parce qu'il existe une différence essentielle entre ces deux hypothèses. En effet, dans l'affaire jugée par la Cour de cassation, il était certain qu'il n'y avait pas eu dessaisissement actuel et irrévocable de la donatrice; son intention n'était pas douteuse, elle avait voulu laisser cette somme dans sa succession et elle y était recueillie par les héritiers en leur qualité d'héritiers venant à la succession et ayant accepté. Ils n'avaient donc pas acquis un droit certain, né le jour même du contrat de donation principale. La transmission de cette créance s'opérait donc au moment du décès et les héritiers devaient acquitter le droit de mutation par décès. Or, nous avons démontré que les héritiers en recueillant le bénéfice d'une assurance sur la vie reçoivent leur propre chose en vertu d'un droit né au moment du contrat. La transmission qui s'opère constitue une mutation entre-vifs; la régie ne peut pas exiger le droit de mutation par décès.

On objecte enfin que le droit au bénéfice de l'assurance est de sa nature un droit révocable, qu'il ne se fixe qu'au décès de l'assuré et que l'administration ne peut exiger que le droit de mutation par décès. La révocabilité du droit du donataire est un obstacle au dessaisissement actuel et irrévocable du donateur : il y a donc une mutation par décès et non une mutation entre-vifs.

Je ne crois pas que cette objection soit mieux fondée que les précédentes. Pour le démontrer, je prends comme exemple les donations entre époux. Ces libéralités sont de leur nature révocables (art. 1096); certains auteurs vont même jusqu'à soutenir qu'elles peuvent être révoquées *ad nutum*. Malgré cette révocabilité, la Cour de cassation, après certaines hésitations, les considère comme de véritables donations entre-vifs; elle décide que l'époux donataire est immédiatement saisi de la propriété des choses données. Il est donc impossible de ne pas y voir une véritable transmission

Digitized by Google

entre-vifs; l'administration de l'enregistrement peut exiger le payement immédiat du droit proportionnel de donation, sauf le cas où la donation porterait sur des biens à venir; elles ne peuvent être assimilées ni aux anciennes donations à cause de mort, que notre Code n'a pas conservées, ni aux donations éventuelles; on ne saurait donc soumettre l'époux donataire à l'obligation de payer des droits de mutation par décès. (Comp. Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, nos 259 et suiv.) Ainsi, dans ce cas, la révocabilité du droit n'est pas un obstable à sa transmission immédiate. Ces principes, aujourd'hui incontestés, doivent être appliqués aux assurances sur la vie : la révocation de la stipulation faite au profit des héritiers ne peut avoir lieu que du consentement de la compagnie; mais cette éventualité n'empêche pas l'acquisition immédiate du droit de créance. Pour qu'il y ait transmission entre-vifs, il faut un dessaisissement actuel, et telle est bien notre hypothèse, car ce que donne l'assuré, ce sont les primes; il n'a aucun droit au bénéfice de l'assurance; les héritiers bénéficiaires acquièrent *hic et nunc* un droit certain : seulement il peut être révoqué.

Nous croyons avoir ainsi victorieusement répondu aux diverses objections formulées contre notre solution : nous croyons que dans cette hypothèse il y a une transmission entre-vifs; par conséquent on ne peut exiger aucun droit de mutation par décès. DELOYNES.

(*La suite à une autre livraison.*)

EXAMEN

critique et sommaire de la loi du 30 juin 1838

SUR LES ALIÉNÉS.

Par M. Pierre DE LA GORCE, avocat, docteur en droit.

La condition des aliénés appelle, à un double point de vue, l'attention du législateur. Il importe tout d'abord de prémunir la société contre les dangers que peut lui faire courir la folie d'un de ses membres. Il est essentiel, en se-

Digitized by Google

cond lieu, d'assurer dans la limite du possible aux individus atteints de maladie mentale tous les secours susceptibles d'amener leur guérison ou du moins d'améliorer leur état. Ce double devoir a été, suivant les époques, très-diversement compris et très-inégalement pratiqué. Les jurisconsultes romains ordonnaient d'enfermer le *furiosus* dont la folie se traduisait par des actes de violence : mais à côté de ces prescriptions édictées dans un but de protection sociale, aucune mesure ne semble avoir été prise pour assurer aux aliénés un asile et des moyens de traitement. Au moyen âge et jusqu'à la fin de l'ancien régime, nous ne trouvons pas plus qu'à l'époque romaine d'établissements spéciaux affectés à la guérison des maladies mentales. Tout au plus, la charité privée ouvrit-elle dans les monastères quelques refuges destinés à recevoir les aliénés. Enfin, si nous parcourons les lois de l'époque révolutionnaire et de l'époque impériale, nous rencontrons quelques textes épars dont le but est de garantir la société contre les accidents que des accès de folie furieuse peuvent amener; mais nulle part n'apparait le projet de créer pour les personnes atteintes de démence des établissements où elles puissent trouver les soins que leur état réclame, sans aucune crainte de séquestration arbitraire ou illégale. C'est seulement en 1837 que le gouvernement, cédant au vœu de l'opinion publique et aux sollicitations unanimes du corps médical, présenta un projet de loi dont le but était de créer pour les aliénés des établissements publics soumis à des règlements spéciaux et placés sous le contrôle de l'autorité, et d'encourager en même temps, sous certaines conditions d'autorisation préalable et de surveillance, la fondation d'établissements privés : telle fut dans son caractère principal et essentiel la loi du 30 juin 1838.

Certes, nul ne peut méconnaître la pensée de généreuse philanthropie qui présida à la rédaction de cette loi. Créer pour les aliénés des asiles où ils fussent, non pas abandonnés comme des animaux malfaisants, non pas séquestrés comme des criminels, mais traités comme des malades et entourés de soins et de compassion était un projet digne, à tous égards, d'éloges et de sympathie. Mais à ces problèmes d'organisation administrative et de philosophie médicale dans le détail

Digitized by Google

desquels le cadre de cette étude ne nous permet point d'entrer, étaient subordonnées d'autres questions que le législateur de 1838 a traitées, il faut bien le dire, avec une impardonnable légèreté. La loi du 30 juin 1838 créait des asiles destinés au traitement des aliénés : de là *la double question de savoir à quelles conditions s'opérerait le placement et dans quelle mesure pourrait être modifiée, par le fait de l'internement dans un asile, la capacité de l'aliéné.* Nous allons rechercher quelle solution le législateur a donné à cette double question et de quelles graves critiques son œuvre est, à ce point de vue, susceptible.

I.

La loi du 30 juin 1838 reconnait deux sortes de placements, les placements d'office et les placements volontaires.

Les règles relatives aux placements d'office sont indiquées dans les articles 18 et 19 de la loi.

« Art. 18. A Paris, le préfet de police et, dans les départements, les préfets, ordonneront d'office le placement dans un établissement d'aliénés de toute personne interdite ou non interdite dont l'état d'aliénation compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes... Les ordres des préfets seront motivés et devront énoncer les circonstances qui les auront rendus nécessaires...

« Art. 19. En cas de danger imminent attesté par le certificat d'un médecin ou la notoriété publique, les commissaires de police à Paris et les maires dans les autres communes ordonneront, à l'égard des personnes atteintes d'aliénation mentale, toutes les mesures provisoires nécessaires, à la charge d'en référer dans les vingt-quatre heures au préfet, qui statuera sans délai. »

Voici maintenant à quelles formalités sont subordonnés, d'après la loi du 30 juin 1838, les placements volontaires ;

« Art. 18. Les chefs ou préposés responsables des établissements publics et les directeurs des établissements privés consacrés aux aliénés ne pourront recevoir une personne atteinte d'aliénation mentale s'il ne leur est remis : 1° une demande d'admission contenant les noms, profession, âge et domicile tant de la personne qui la formera que de celle

Digitized by Google

dont le placement sera réclamé et l'indication du degré de parenté ou, à défaut, de la nature des relations qui existent entre elles..; 2° un certificat de médecin constatant l'état mental de la personne à placer... En cas d'urgence, les chefs des établissements publics pourront se contenter d'exiger le certificat du médecin ; 3° le passeport ou toute autre pièce propre à constater l'individualité de la personne à placer. »

Les placements ordonnés d'office par l'autorité publique n'ont été jusqu'ici l'objet d'aucune critique sérieuse. Ils ne s'appliquent en effet qu'à des aliénés dangereux et dans des cas où aucun doute ne peut s'élever sur l'existence et le caractère de la folie. L'autorité du préfet prévient d'ailleurs tout danger de séquestration illégale. Toutefois, comme le placement dans un établissement d'aliénés a pour résultat de priver de sa liberté celui qui y est soumis et de modifier dans une large mesure sa capacité civile, peut-être serait-il équitable et opportun de faire intervenir ici le pouvoir judiciaire. Pourquoi ne pas déclarer, par exemple, que l'arrêté du préfet n'a qu'une valeur provisoire et ne peut devenir définitif qu'autant qu'il a été confirmé par une décision judiciaire? Qu'on ne s'y trompe pas : il ne s'agit point ici de mettre en suspicion l'autorité administrative, mais de restituer à chaque pouvoir les attributions qui lui appartiennent : au préfet et, dans certains cas exceptionnels, au maire la faculté de faire séquestrer, par mesure de police et de sûreté, l'aliéné dangereux; aux magistrats, seuls arbitres de toutes les questions où sont en jeu la liberté et la capacité des personnes, le droit de rendre cette séquestration définitive et de lui faire produire tous ses effets au point de vue du droit civil.

J'arrive aux placements volontaires. Nous nous trouvons ici en présence des récriminations les plus vives et les plus passionnées. A la vérité, il ne faut pas réfléchir longtemps pour comprendre combien la loi du 30 juin 1838 est, à ce point de vue, défectueuse et incomplète. Le droit de requérir l'internement dans un asile n'est point restreint aux parents du prétendu aliéné, mais il appartient à toute personne, quelle qu'elle soit. Le législateur a-t-il du reste subordonné le placement à des formalités nombreuses et sévères? Nullement. Il suffit que le requérant présente à l'appui de sa demande

Digitized by Google

un certificat de médecin. Et ce n'est point à des médecins plus spécialement recommandables à raison de leur caractère ou de leur âge, ou plus compétents à cause de la nature de leurs études que la loi a confié le soin d'accorder ce certificat redoutable qui va ouvrir au prétendu aliéné les portes de l'asile : tout médecin, quel qu'il soit, peut délivrer ces sortes d'attestation. Ce n'est pas tout : comme si cette formalité était encore trop onéreuse et d'un accomplissement trop difficile, la loi permet, dans les cas d'urgence dont le chef de l'établissement est seul juge, de la négliger.

Certes, jamais la liberté individuelle n'a été traitée avec un sans-façon plus cavalier ; jamais plus graves questions n'ont été soulevées avec plus de légèreté et résolues avec plus d'imprudence. La loi du 30 juin 1838, en ce qui concerne le placement dans les établissements d'aliénés, peut se résumer en deux mots : droit pour toute personne de faire enfermer un individu quelconque sous prétexte d'aliénation mentale. Un certificat de médecin suffit, quelquefois même on s'en passe.

Il est vrai, une fois la séquestration accomplie, les précautions abondent, les garanties se multiplient. Notification au procureur de la République du domicile de l'aliéné, visites de médecins, rapports du chef de l'établissement, visites de différents fonctionnaires de l'ordre administratif ou judiciaire, tout est prévu, ordonné, réglementé. Est-ce à dire toutefois que ces prescriptions, en apparence si minutieuses et si soigneusement calculées, soient un obstacle efficace à toute détention arbitraire? Pas le moins du monde. Les notifications adressées au procureur de la République n'éveilleront l'attention de ce magistrat que si d'ailleurs la rumeur publique lui fait soupçonner quelque séquestration illégale. Les visites de médecins pourraient être plus efficaces pour la découverte des fraudes ou la réparation des erreurs ; mais n'est-il pas à craindre que le prétendu aliéné, dans les premiers jours qui suivront sa détention, ne soit en proie à un état d'exaltation difficile à discerner de la démence? Quant aux rapports des chefs d'établissement, ils ne nous inspirent qu'une médiocre confiance : les directeurs d'établissements ne dénonceront point des faits de séquestration dont ils sont le plus souvent les complices. Enfin les visites des fonctionnaires mentionnés dans l'article 4 de la loi constituent une

Digitized by Google

garantie plus apparente que réelle : ces visites se font-elles? Si elles se font, ne consistent-elles pas uniquement en une promenade plus ou moins distraite dans les jardins et les couloirs de l'établissement et en une conversation plus ou moins banale avec le directeur de l'asile?

Qu'importent au surplus de telles garanties? C'est antérieurement à la séquestration que devait être sauvegardée la liberté du prétendu aliéné. Une fois la séquestration consommée, le mal est en partie accompli et ne peut être qu'en partie réparé.

Les procédés sommaires imaginés par le législateur de 1838 ne blessent point seulement la liberté individuelle, mais amènent encore, au point de vue du droit civil, les conséquences les plus étranges et les plus inacceptables. L'individu placé dans un établissement d'aliénés est privé de ses droits civiques ; il perd en fait l'exercice de la puissance paternelle et maritale ; il ne peut passer aucun acte relatif à la gestion de sa fortune : car personne ne voudra traiter avec lui ; en tous cas les conventions qu'il souscrirait seraient le plus souvent annulées. Et ce régime d'incapacité si rigoureux et si étroit ne résulte ni d'un jugement contradictoire, ni d'une décision rendue en chambre du conseil, ni même d'un ordre de l'autorité administrative, mais d'un fait purement matériel, c'est-à-dire du placement dans un établissement d'aliénés. On dirait, en vérité, que le législateur, absorbé par je ne sais quelle préoccupation exclusive, a, par une étrange inadvertance, mis en oubli tous les principes du droit civil. Comment admettre autrement qu'il ait pu attacher au fait de la séquestration dans un asile les déchéances de droit les plus rigoureuses et les plus étendues? Comment admettre qu'il ait pu déroger à cette règle fondamentale que les tribunaux sont seuls juges de toutes les questions qui intéressent la capacité civile des citoyens?

En résumé, la loi du 30 juin 1838, en ce qui concerne le placement dans les établissements d'aliénés, encourt un double reproche et mérite une double critique : au point de vue du droit public, elle met en péril la liberté individuelle; au point de vue du droit civil, elle fait résulter du simple fait de l'internement un ensemble d'incapacités que la justice seule a le droit de prononcer.

Digitized by Google

Chose singulière et qui montre bien à quelles erreurs peuvent se laisser entraîner les esprits les plus éclairés! Le projet de loi présenté à la Chambre des députés le 6 janvier 1837 par M. de Gasparin portait qu'aucun placement dans un établissement d'aliénés ne pourrait avoir lieu sans une autorisation préfectorale. Eh bien! cette unique garantie a été écartée, et sous le singulier prétexte de laisser à la famille toute la responsabilité de sa détermination, M. Vivien, rapporteur de la commission, repoussa l'intervention du préfet. Le rapport de M. Vivien révèle au surplus, avec une incontestable évidence, l'esprit dont étaient animés les rédacteurs de la loi: « le but du projet, dit-il, est le soulagement des aliénés. Or, c'est entraver ouvertement ce but que de subordonner à un acte de l'autorité publique les mesures les plus favorables à la guérison... Un retard de plusieurs jours peut aggraver le mal au point d'en rendre la guérison quelquefois impossible: ce retard résulterait nécessairement de l'obligation de recourir préalablement au préfet. » Ici se montre bien le but philanthropique que le législateur de 1838 s'est proposé d'atteindre. Mais cette sollicitude si vive pour le sort des aliénés, ce soin si jaloux de leur assurer le traitement le plus prompt et le plus efficace ont fait taire toute autre préoccupation. On ne songea point aux abus dont une façon si expéditive de procéder pouvait devenir la source. Enfermez l'individu atteint d'aliénation mentale et soumettez-le au plus vite à un traitement curatif: rien de mieux; mais, de grâce, dans votre ardeur de médicamenter et de guérir, ne vous avisez point d'enfermer dans un asile d'aliénés, sans contrôle d'aucune autorité, sans aucune décision judiciaire, un homme peut-être sain d'esprit et en proie tout au plus à l'exaltation fébrile d'un moment!

Reproduites à peine par quelques voix, ces réclamations se perdirent dans l'approbation générale et la loi du 30 juin 1838 fut votée. L'application de cette loi a-t-elle produit des abus aussi graves qu'on l'a prétendu? Devons-nous au contraire ranger parmi les inventions de la malveillance ou de l'esprit de parti les récits dont l'opinion publique s'est émue depuis quelques années? C'est ce qu'il est difficile de déterminer. Suivant quelques publicistes, la loi du 30 juin 1838 aurait, sous une fausse couleur de philanthropie, ressuscité les

Digitized by Google

lettres de cachet[1]. Si nous écoutons au contraire les médecins aliénistes, aucun abus ne se serait produit. «Bien que déjà le nombre des aliénés séquestrés sur la demande des familles et sans interdiction préalable, soit dans les maisons de santé, soit dans les quartiers d'hospice, fût relativement considérable, dit le docteur Lunier[2], je n'ai pas vu, dans les nombreux documents que j'ai eus sous les yeux, signaler avec preuves à l'appui un seul cas de séquestration ou de détention arbitraire reposant sur un état d'aliénation mentale supposé. »

Quoi qu'il en soit au surplus de ces assertions contradictoires, il y a une chose certaine, c'est que la loi du 30 juin 1838, en ce qui concerne le placement, tient en échec par ses dispositions arbitraires les principes fondamentaux de notre droit. Il est une chose non moins certaine, c'est que l'opinion publique est aujourd'hui unanime à demander la révision de cette loi. Ce vœu s'est même manifesté avec tant de force par la voie de la presse ou des pétitions au Sénat que le gouvernement impérial, par l'arrêté du 12 février 1869[3], a nommé une commission chargée d'étudier la condition des aliénés et de lui signaler les changements qu'il conviendrait d'y apporter. Reste à déterminer par quelle voie il serait possible de revenir aux vrais principes juridiques sans se départir cependant des conditions de célérité si nécessaires au traitement des maladies mentales.

Les projets de réforme de la loi du 30 juin 1838, en ce qui concerne le placement dans les établissements d'aliénés, peuvent se ramener à trois. Les uns croient trouver dans l'intervention des autorités locales une garantie suffisante. Aucun placement ne pourrait avoir lieu sans une autorisation préalable du maire ou de préférence du juge de paix. Les autres proposent de soumettre le sort de l'aliéné à un jury spécial délibérant comme en matière criminelle. D'autres enfin estiment que l'autorité judiciaire est seule compétente pour statuer sur l'état et la capacité civile du prétendu aliéné.

[1] Voir dans la *Revue contemporaine*, mars 1869, le curieux travail publié par M. Garsonnet, sous ce titre : *la Loi des aliénés*.

[2] *Des placements volontaires dans les asiles d'aliénés suivant les législations française et étrangère*, page 10.

[3] Voir le *Journal officiel* du 15 février 1869.

Digitized by Google

Subordonner le placement dans un établissement d'aliénés à une autorisation des magistrats locaux, paraît au premier abord aussi rationnel qu'équitable. Nul n'est plus en mesure que le maire de la commune ou le juge de paix du canton de connaître par la rumeur publique le véritable état de la personne dont l'internement est requis. Nul n'est plus capable d'apprécier si la famille, en réclamant cette mesure, n'a d'autre souci que la guérison de l'aliéné ou poursuit, au contraire, quelque machination coupable. Une telle intervention au surplus, en écartant tout danger de détention arbitraire, a l'immense avantage de ne point donner aux faits qui motivent la séquestration une publicité pénible pour les familles. Les lois étrangères sur la condition des aliénés, toutes postérieures à la loi française, ont d'ailleurs, adopté ce système de garanties. C'est ainsi que, d'après la législation badoise, toute demande de placement doit être accompagnée d'un certificat délivré par le conseil communal ou le pasteur faisant fonctions d'officier de l'état civil. C'est ainsi que la loi de Genève décide que toute admission dans un asile d'aliénés devra être subordonnée à l'autorisation du maire de la commune ou du lieutenant de police, sorte de fonctionnaire administratif et judiciaire tout ensemble. La loi suédoise exige l'intervention du pasteur, la loi belge le visa du bourgmestre, la loi des Pays-Bas le visa du procureur du roi. Nous trouvons encore dans d'autres législations des dispositions analogues[1]. Nonobstant de tels exemples, nous ne croyons pas que l'autorité des magistrats locaux puisse, en notre matière, paraître suffisante et légitime. Sans doute, l'intervention du maire de la commune ou du juge de paix du canton suffit pour prévenir une séquestration illégale. Mais n'oublions pas que l'individu enfermé dans un établissement d'aliénés est soumis par cela même à un régime d'incapacité très-rigoureux et très-étendu. Or, comment admettre que la décision d'un juge de paix ou l'arrêté d'un magistrat municipal puisse altérer la capacité civile d'un citoyen ?

L'intervention d'un jury spécial en matière de placement dans les asiles d'aliénés compte aussi quelques partisans. Ce

[1] Voir M. le docteur Lunier, *Des placements volontaires dans les asiles d'aliénés suivant les législations française et étrangères.*

Digitized by Google

système, soutenu en 1867 dans une pétition au Sénat par M. le docteur Turck[1] et développé par MM. Gambetta et Magnin dans un projet de loi déposé à la Chambre des députés dans la séance du 11 mars 1870[2], nous paraît peu praticable. Faire statuer par un jury sur le sort des aliénés, c'est donner à des faits que les familles ont intérêt à tenir secrets un douloureux retentissement. Comment concilier d'ailleurs les formalités multipliées qu'exigent la convocation, la réunion et les délibérations du jury avec la célérité que demande le traitement de l'aliéné? Un individu est atteint de démence : il faudrait, suivant le projet de MM. Gambetta et Magnin, adresser une requête au président du tribunal: Le président du tribunal, investi d'un rôle analogue à celui que remplit en matière criminelle la chambre des mises en accusation, déciderait s'il convient de poursuivre l'affaire ou de n'y point donner suite : dans le second cas, le prétendu aliéné serait maintenu en liberté; dans le premier cas, serait convoqué un jury composé d'une manière spéciale et où chaque profession libérale serait représentée. C'est alors seulement que commencerait un débat contradictoire à la suite duquel serait rendue la décision définitive. Pour montrer les vices d'un tel système ne suffit-il pas de l'exposer? Ce débat public et solennel, ces interrogatoires multipliés ne sont-ils pas propres à provoquer dans une intelligence déjà malade une crise peut-être fatale? Franchement, à ce compte-là, n'aurait-il pas mieux valu déclarer qu'aucun placement dans un établissement d'aliénés ne pourrait avoir lieu sans un jugement préalable d'interdiction? Car enfin la procédure d'interdiction, plus rationnelle à coup sûr, n'est ni plus longue ni plus compliquée. Si le législateur l'a écartée, ce n'est pas pour adopter un système qui en reproduit tous les inconvénients sans en reproduire peut-être au même degré toutes les garanties. Le projet de MM. Gambetta et Magnin est de tous points la contre-partie de la loi du 30 juin 1838. Le législateur de 1838, cédant à une préoccupation bien honorable, mais exclusive, n'a poursuivi qu'un seul but : créer pour les

[1] Voir, au *Moniteur* du 3 juillet 1867, le rapport de M. Suin sur cette pétition.

[2] Voir le texte de ce projet au *Journal officiel*, 19 avril 1870.

Digitized by Google

aliénés des établissements où ils puissent recevoir les secours les plus prompts, les plus intelligents et les plus efficaces; et, absorbé par cette pensée philanthropique, il n'a point songé aux garanties que réclamait la liberté individuelle et qu'exigeait la juste application de nos principes de droit civil. MM. Gambetta et Magnin, jaloux de réagir contre la législation existante, ont péché par un excès contraire. Ils ont multiplié, avec un luxe inouï, les formalités protectrices de la liberté individuelle; mais ils semblent avoir oublié, dans leur ardeur d'innovation, que les heures sont précieuses quand il s'agit du traitement d'un malade et que, si la constatation de l'aliénation mentale doit toujours précéder le placement dans un asile, elle ne doit jamais le retarder au point de le rendre peut-être inefficace.

Le recours à l'autorité judiciaire nous paraît seul de nature à concilier tous les intérêts. S'agit-il d'un placement volontaire? Les parties intéressées devront présenter une requête au président du tribunal; le président du tribunal, après avoir pris les renseignements qu'il jugera convenables, rendra sa décision, et c'est en vertu de l'ordonnance de ce magistrat que le placement pourra s'effectuer. S'agit-il d'un placement d'office? Le préfet, vu l'urgence, et dans certains cas le maire, pourront y procéder; mais l'autorité judiciaire ne sera point pour cela écartée; car le chef de l'établissement devra, dans un bref délai et sous peine de séquestration arbitraire, présenter requête au président du tribunal, et l'ordonnance du président pourra seule donner au placement son caractère régulier et définitif. On ne peut reprocher à ce système ni la multiplicité des formes ni l'éclat d'une publicité regrettable : on ne saurait imaginer de procédure plus rapide et plus discrète. L'intervention de l'autorité judiciaire écarte d'ailleurs tout danger sérieux de séquestration arbitraire. Le législateur ne pourrait-il pas, au surplus, par surcroît de précaution, rendre obligatoires les visites qui, d'après la loi du 30 juin 1838, ne sont que facultatives, ordonner que chaque personne détenue fût présentée au fonctionnaire chargé de l'inspection de l'asile, et décider enfin qu'un procès-verbal détaillé de chaque visite serait envoyé à l'autorité supérieure? Enfin, au point de vue du droit civil, l'ensemble des incapacités dont est atteint l'individu détenu dans un établissement

Digitized by Google

d'aliénés ne résulterait plus, comme sous l'empire de la loi actuelle, du fait matériel du placement, mais deviendrait la conséquence d'une décision judiciaire. Ainsi serait appliqué dans toute son étendue ce grand principe que proclamait, dans la discussion de la loi de 1838, M. Odilon Barrot, lorsqu'il déclarait qu'en France nul ne pouvait être privé de ses droits civils et de sa liberté, si ce n'est en vertu d'un acte de juidiction régulière.

II.

Nous venons de rechercher à quelles conditions la loi du 30 juin 1838 a subordonné le placement dans les établissements d'aliénés : nous avons essayé de préciser en même temps quelles critiques mérite cette partie de la loi. Nous entrons maintenant dans un ordre d'idées différent. L'aliéné est interné : quelle sera sa condition? Dans quelle mesure sera modifiée sa capacité? A quels agents la loi confiera-t-elle le soin de veiller sur sa personne et de le représenter dans les actes de la vie civile? Telles sont les questions qu'il importe d'examiner.

Pour déterminer la capacité de l'aliéné, il faut, d'une part, se référer à certains textes spéciaux et, d'autre part, se reporter à l'article 39 de notre loi. Inutile de nous arrêter sur les dispositions spéciales qui privent l'aliéné de ses droits civiques, lui retirent notamment le droit de suffrage et le déclarent incapable de remplir les fonctions de juré. Inutile d'insister davantage sur les déchéances de fait qui atteignent l'aliéné au point de vue de l'exercice de la puissance paternelle et maritale. Mais l'article 39 de la loi du 30 juin 1838, qui est le texte fondamental de notre matière, mérite, à cause de son importance doctrinale, un examen sérieux et appelle les plus sévères critiques à raison de l'insuffisance de sa rédaction. « Les actes faits par une personne placée dans un établissement d'aliénés, pendant le temps qu'elle y aura été retenue sans que son interdiction ait été prononcée ni provoquée, pourront, dit l'article 39, être attaqués pour cause de démence, conformément à l'article 1304 du Code civil... »

Ce qui nous frappe tout d'abord à la lecture de cette disposition, c'est la différence qui existe entre l'incapacité de l'interdit et celle de l'individu détenu dans un établisse-

Digitized by Google

ment d'aliénés. Aux termes de l'article 502, les actes passés par l'interdit *sont nuls de droit* ; aux termes de notre article 29, les actes passés par la personne enfermée pour cause de démence, mais non interdite, *pourront être annulés*. Dans le premier cas, la loi enjoint aux juges de prononcer la nullité, elle ne leur laisse aucun pouvoir discrétionnaire et leur défend de prendre en considération, soit l'état d'esprit de l'interdit au moment où le contrat a été passé, soit la bonne foi du tiers contractant. Dans le second cas, au contraire, les tribunaux jouissent d'un souverain pouvoir d'appréciation ; c'est à eux de recourir à toutes les voies d'information et de rejeter ou d'admettre la demande en nullité, suivant la conviction qu'ils se sont formée.

Lorsqu'un procès s'élèvera sur la validité d'un acte passé par un individu retenu dans un établissement d'aliénés, les juges devront donc se décider d'après les circonstances. Mais *a priori* et antérieurement à tout débat, de quel côté sera la présomption? L'acte attaqué sera-t-il réputé valable ou sera-t-il réputé nul? En d'autres termes, est-ce au demandeur en nullité qu'appartient la charge de la preuve? Est-ce, au contraire, au défendeur à établir la sanité d'esprit au moment où l'acte a été passé?

Ici apparaît manifestement combien est vague et insuffisant l'article 39 de notre loi. Cette question si grave et si importante a été complétement passée sous silence. Qu'on ne dise pas d'ailleurs, que l'hypothèse prévue par le législateur est en quelque sorte purement théorique, et qu'en fait, sinon en droit, aucun acte ne pourra être souscrit par un individu retenu dans un asile d'aliénés. Sans doute, il est peu vraisemblable qu'une personne enfermée pour cause de démence puisse trouver un tiers qui consente à traiter avec elle. Mais il est des actes qui peuvent s'accomplir sans l'intervention d'un tiers. Il n'est pas chimérique d'imaginer, par exemple, que le prétendu aliéné a fait un testament. En pareil cas s'élèvera une question capitale, celle de savoir si le testament en question sera réputé nul ou valable. Eh bien! sur cette question qui, par son importance pratique et son intérêt doctrinal, s'impose en quelque sorte aux esprits les plus inattentifs, la loi est restée muette. C'est en vain que nous cherchons dans la discussion du projet quelques explications qui

Digitized by Google

puissent nous éclairer. Tout y est vague et inconsistant. Aucune doctrine vraiment juridique n'y est exposée. Un passage du rapport de M. de Barthélemy à la Chambre des pairs donnera l'idée de l'incertitude et de l'obscurité qui planait sur tout ce débat. « Comme l'accomplissement de toutes les formalités prescrites pour arriver à la séquestration d'un individu établit une présomption d'aliénation, dit M. de Barthélemy [1], croyez que les tribunaux ne se montreront pas très-difficiles sur les preuves à faire pour justifier que, lorsque l'acte a été souscrit, l'individu était en démence : ce sera le cas de dire qu'il faudra que l'acte se défende par lui-même...» Ici la contradiction est évidente. « Il y a *présomption d'aliénation*, » dit M. de Barthélemy; après quoi il ajoute : « Les *tribunaux ne se montreront point très-difficiles sur les preuves à faire pour justifier de la démence.* » Mais, si la démence doit être établie, il n'y a plus de présomption de démence. Les commentateurs ont avoué, eux aussi, leur impuissance à éclairer un point aussi obscur. « La présomption, dit M. Demolombe [2], n'est bien nettement établies ni d'un côté ni de l'autre; les magistrats ont, en ces sortes d'affaires, un pouvoir discrétionnaire pour apprécier en fait la validité ou la nullité de l'acte attaqué. » Ainsi l'éminent jurisconsulte renonce à toute explication et se borne à cette déclaration aussi laconique qu'insignifiante : Les magistrats apprécieront!

Il importe de mettre fin à de telles incertitudes. Convient-il de décider, comme le proposaient MM. Gambetta et Magnin [3], que l'aliéné conserve l'exercice de ses droits et que les actes par lui passés doivent être maintenus, à moins qu'il ne soit établi qu'ils ont été souscrits dans un moment de démence? Est-il plus rationnel et plus sage, au contraire, de frapper d'une présomption de nullité tous actes passés par l'aliéné? Nous inclinerions, quant à nous, vers la seconde solution. N'y aurait-il pas, en effet, quelque contradiction à laisser la plénitude de sa capacité civile à un individu que la loi tient enfermé pour cause de démence? Quoi qu'il en soit, au surplus, de ces opinions diverses, il est essentiel que l'article 39 de notre loi soit remanié et complété; car de telles omissions

[1] *Moniteur* de 1838, p. 304.
[2] Tome VIII, p. 548.
[3] Article 70 de leur projet.

Digitized by Google

ne sont pas seulement regrettables au point de vue doctrinal, mais peuvent aussi amener dans la pratique les plus sérieuses difficultés.

L'incapacité dont est atteint l'aliéné rend nécessaire la nomination d'un représentant chargé de surveiller sa personne et d'administrer sa fortune. La loi a compris ce besoin et y a même pourvu avec luxe; car elle a confié a deux sortes d'agents la protection de l'individu frappé de démence. L'un, nommé par la justice, doit prendre soin de la personne de l'aliéné, l'autre, institué d'office ou choisi par le tribunal, suivant les cas, est chargé de la gestion des biens. Le premier de ces mandataires est appelé curateur à la personne; le second est désigné sous le nom d'administrateur provisoire.

Le législateur, en confiant à deux agents distincts la mission de représenter l'aliéné et en décidant que le curateur à la personne ne pourra être choisi qu'en dehors des héritiers présomptifs, a reproduit une disposition traditionnelle de nos anciennes coutumes. Dans l'ancienne jurisprudence, en effet, le bail des biens accordé aux héritiers présomptifs était toujours séparé de la garde de la personne. Le motif de cette disposition se retrouve exprimé, avec une naïveté qui caractérise la rudesse des mœurs de l'époque, dans les Établissements de saint Louis : « Cils qui ont le retour de la terre ne doivent pas avoir la garde des enfants. Car soupçon est qu'ils ne voulussent plus la mort des enfants que la vie pour la terre qui leur eschoirait. » Sans vouloir admettre de telles prévisions, le législateur de 1838 a craint que les héritiers présomptifs ne fussent plus désireux de grossir la succession éventuelle de l'aliéné que d'accélérer sa guérison par un traitement dispendieux, et plus attentifs à le maintenir dans l'état d'incapacité dont il est frappé qu'à le rendre au libre exercice de ses droits. Rien n'est d'ailleurs plus logique et plus rationnel que la coexistence de ces deux agents parfaitement indépendants l'un de l'autre dans l'exercice de leurs fonctions respectives : aussi notre loi ne mériterait-elle sur ce point aucune critique si, non contente d'instituer pour la protection de l'aliéné un curateur à la personne et un administrateur provisoire, elle n'avait pas, par une superfluité peu explicable, créé, pour un cas spécial, une troisième

Digitized by Google

sorte d'agents : « Le tribunal, sur la demande de l'administrateur provisoire ou à la diligence du procureur du roi, désignera, dit l'article 33, un mandataire spécial à l'effet de représenter en justice tout individu non interdit et placé ou retenu dans un établissement d'aliénés qui serait engagé dans une contestation judiciaire au moment du placement, ou contre lequel une action serait intentée postérieurement. Le tribunal pourra aussi, dans les cas d'urgence, désigner un mandataire spécial à l'effet d'intenter au nom des mêmes individus une action mobilière ou immobilière. » On a peine à comprendre le motif de cette disposition. Pourquoi ne pas confier à l'administrateur provisoire, représentant naturel des intérêts de l'aliéné, le soin d'ester en justice en son nom? Recourir, en cas de procès, à un mandataire spécial, n'est-ce point multiplier outre mesure les formalités? n'est-ce point occasionner des frais inutiles? n'est-ce pas mettre, sans profit pour personne, un tiers dans la confidence des affaires de l'aliéné? Sans doute, l'article 33 nous le dit dans sa disposition finale, l'administrateur provisoire pourra être désigné pour mandataire spécial. Mais la représentation de l'aliéné en justice ne devrait-elle pas rentrer dans ses attributions normales? Le mandataire à l'effet de plaider devra, selon nous, disparaître dans la révision de la loi de 1838; car, dans une bonne législation, toute disposition inutile doit être supprimée.

Tels sont les différents agents que la loi a placés auprès de l'aliéné. Inutile d'insister sur le rôle du curateur à la personne : le législateur a en effet parfaitement déterminé les attributions dont il est investi. Inutile de nous étendre sur la mission du mandataire spécial institué par l'article 33; car les fonctions de ce mandataire, restreintes au cas de procès, ne soulèvent aucune difficulté sérieuse. La détermination des pouvoirs de l'administrateur provisoire appelle seule quelques observations.

« L'administrateur, dit l'article 31, procédera au recouvrement des sommes dues à la personne placée dans un établissement et à l'acquittement de ses dettes, passera des baux qui ne pourront excéder trois ans et pourra même, en vertu d'une autorisation spéciale accordée par le président du tribunal, faire vendre le mobilier. » L'énumération de

Digitized by Google

l'article 31 indique bien la nature des attributions dont l'administrateur provisoire est revêtu. Ses pouvoirs sont limités aux actes d'administration et même, comme le dit M. Demolombe, aux actes d'administration nécessaires. La pensée des auteurs de la loi est facile à pénétrer. Si les accès de démence se renouvellent au point de devenir continus, l'interdiction sera prononcée et l'administration provisoire fera place à la tutelle. Si au contraire le dérangement des facultés mentales n'est que passager et doit céder à l'influence des remèdes ou à l'action du temps, à quoi bon étendre les pouvoirs de l'administrateur?

Quelque spécieux que soit ce raisonnement, il ne nous paraît point à l'abri de toute critique. Un individu est enfermé dans un établissement d'aliénés : il sera souvent nécessaire ou du moins très-utile, dès les premiers jours qui suivront le placement, de souscrire en son nom quelque acte qui dépasse la mesure de l'administration. Il s'agira tantôt d'une vente ou d'une constitution d'hypothèque à consentir, tantôt au contraire d'une donation ou d'un legs à accepter. Consentir à un échange et même à une transaction, passer un bail de longue durée, seront souvent des mesures très-favorables aux intérêts de l'aliéné. En pareil cas, direz-vous, l'interdiction sera provoquée. Soit, mais la procédure d'interdiction est longue, et l'occasion favorable se perdra le plus souvent, faute d'une décision prompte. Et d'ailleurs, si la démence ne remonte point à une époque ancienne, peut-être ne constitue-t-elle pas encore cet *état habituel* qui est la condition indispensable de l'interdiction? En pareil cas, l'administrateur provisoire n'aura d'autre ressource que d'enfreindre, à ses risques et périls, les limites de son mandat ou de demeurer dans une inaction préjudiciable aux intérêts de celui qu'il représente.

La loi n'eût-elle pas été plus prévoyante et plus sage si elle avait étendu dans une juste mesure les attributions de l'administrateur? si elle lui avait permis, par exemple dans les cas urgents, de procéder avec l'autorisation du tribunal ou du conseil de famille, à des actes de disposition? Mais, dira-t-on, l'administration provisoire deviendra alors une véritable tutelle. Sans doute; seulement elle sera restreinte quant à sa durée. Il importerait de décider, en effet, que, si la démence

Digitized by Google

se prolonge, l'interdiction devra être provoquée sur la requête des parents ou du ministère public. En autres termes, la loi devrait prévoir deux situations distinctes et successives : dans les premiers temps qui suivent l'internement, il conviendrait de confier les biens de l'aliéné à un représentant revêtu de pouvoirs à peu près analogues à ceux du tuteur, mais investi seulement d'une autorité provisoire ; puis après un laps de temps déterminé, si l'état d'aliénation mentale est devenu habituel, l'interdiction devrait être prononcée et, comme conséquence nécessaire de l'interdiction, serait organisée la tutelle définitive. Un tel système nous paraîtrait préférable à celui que le législateur de 1838 a consacré.

La nature des garanties que la loi exige de l'administrateur provisoire ne nous paraît pas non plus à l'abri de tou reproche. « Le jugement qui nommera l'administrateur provisoire, dit l'article 34, pourra en même temps constituer sur ses biens une hypothèque générale ou spéciale jusqu'à concurrence d'une somme déterminée par ledit jugement. » Ainsi les tribunaux pourront, en prenant en considération les circonstances, grever d'hypothèque ou laisser libres les biens de l'administrateur provisoire. Qui ne voit combien un pareil expédient est défectueux? Si les tribunaux grèvent d'hypothèque tout ou portion des immeubles du tuteur, il est à craindre que ce dernier ne considère cette précaution comme injurieuse pour lui. Dans le cas contraire, la reddition du compte ne sera assurée par aucune garantie spéciale et les intérêts de l'aliéné pourront être compromis. Le législateur n'eût-il pas montré plus de sagesse et de prévoyance en soumettant l'administrateur provisoire à l'hypothèque légale comme le tuteur du mineur ou de l'interdit?

Ici s'arrête cette étude. Nous avons recherché tout d'abord à quelles conditions la loi a subordonné le placement dans un établissement d'aliénés. Nous nous sommes ensuite attaché à déterminer la capacité de l'individu enfermé pour cause de démence et les attributions des agents divers auxquels la loi a confié le soin de le représenter. Nous avons vu qu'au point de vue du droit public comme au point de vue du droit civil, d'importantes réformes étaient néces-

Digitized by Google

saires. Ces réformes devraient, selon nous, porter principalement sur cinq points distincts.

1° Il conviendrait de déclarer qu'aucun placement ne pourrait s'effectuer, ou du moins devenir définitif, sans une décision judiciaire.

2° Il serait essentiel de préciser le sort des actes passés par l'aliéné, de déterminer notamment si, *a priori* et antérieurement à tout examen, ils seront tenus pour valables ou réputés nuls.

3° Il serait opportun de supprimer, comme un agent inutile, le mandataire spécial que l'article 32 a institué pour représenter, en cas de procès, les intérêts de l'aliéné.

4° Les pouvoirs de l'administrateur provisoire, restreints dans une mesure très-étroite par le législateur de 1828, devraient être étendus. Il faudrait d'ailleurs en limiter la durée, décider, par exemple, que si la démence se prolonge, l'interdiction devra être provoquée.

5° Il serait prudent enfin de frapper d'hypothèque légale les biens de l'administrateur provisoire.

Telles sont les questions qui, à notre avis, devront particulièrement fixer l'attention du législateur, lorsqu'il sera appelé à reviser la loi du 30 juin 1838.

PIERRE DE LA GORCE.

BIBLIOGRAPHIE

TRAITÉ DES EAUX DE SOURCE ET DES EAUX THERMALES

Par M. H. NADAULT DE BUFFON, avocat général à Rennes.

Compte rendu par M. Gabriel DEBACQ,
docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Parmi les nombreuses critiques formulées en ce moment contre notre organisation judiciaire, il en est une que l'on entend fréquemment répéter. — Les magistrats, en province surtout, ont trop de loisirs. — Que cette critique soit fondée, au moins pour quelques siéges écartés, que dans ces siéges le petit nombre des affaires soumises au juge

Digitized by Google

ne donne point à l'activité de celui-ci des éléments suffisants, nous n'essayerons point de le nier. Mais c'est là l'exception. L'oisiveté prétendue des magistrats de province n'est point ce que pensent les gens étrangers à la grande famille judiciaire : leurs loisirs, beaucoup moindres que les réformateurs affectent de le dire, ont d'ailleurs un excellent côté; ils ont, dans l'intérêt du progrès des sciences juridiques, leur raison d'être, leur nécessité même.

Alors que dans les cours et les tribunaux trop chargés le juge ou l'officier du ministère public, accablé par ses travaux quotidiens, ne peut consacrer à l'étude que de trop courts instants, les magistrats des siéges moins occupés peuvent donner, et donnent effectivement, plus de temps aux spéculations théoriques, à la science proprement dite. S'il était permis d'établir entre les décisions émanées des différents tribunaux du pays une comparaison critique, on reconnaîtrait facilement, sinon que les petites cours jugent mieux les procès qui leur sont soumis, du moins qu'elles les étudient davantage. Elles ont le temps d'être soigneuses : pour le justiciable, c'est un point fort important.

Et ce n'est point le justiciable seul qui fait son profit de ces loisirs si injustement condamnés. C'est à eux que le pays doit quelques-unes des œuvres littéraires, philosophiques, juridiques qui l'honorent le plus.

Si le parlement de Paris a eu des Molé ou des Harlay, des hommes à l'intelligence ouverte et vive, pleins de finesse et de perspicacité, Bordeaux a donné à la France Montaigne et Montesquieu, Angers a donné Bodin, Dijon le président De Brosses, la sénéchaussée d'Auvergne a donné Domat, c'est-à-dire, tout à la fois, les plus savants de nos jurisconsultes, les meilleurs de nos philosophes, quelques-uns de nos littérateurs les plus distingués. Nos magistrats d'aujourd'hui se souviennent de leurs anciens et, comme eux, savent occuper à d'utiles labeurs les heures de liberté, bien courtes quoi qu'on en dise, que leur laissent les audiences et les occupations de leur charge.

Tout récemment nous nous occupions, à cette place même, du livre de M. Frétel, conseiller à Bourges, sur la réserve légale, de celui de M. Muteau, conseiller à Dijon, sur le secret professionnel; nous avons aujourd'hui à rendre

Digitized by Google

compte d'une autre publication, due, elle aussi, à un magistrat, le *Traité des eaux de source*, par M. Henri Nadault de Buffon, avocat général à Rennes.

Le livre de M. Nadault de Buffon présente d'autant plus d'intérêt qu'il traite d'un point juridique qui n'avait été jusqu'ici l'objet d'aucun travail approfondi. Bien que le sujet de ce livre forme la matière des articles 640-645, Code Napoléon, aucun recueil, aucun traité, n'avait encore, l'auteur le fait justement remarquer dans sa préface, offert dans un même ensemble, coordonnées suivant leurs rapports et leurs différences, les dispositions légales relatives aux eaux de source.

Nous n'avons pas la prétention de nous livrer ici à un examen critique du livre de M. Nadault de Buffon. Il n'est point permis, lorsqu'on se trouve en face d'une publication de cette valeur, de discuter ou de juger à la légère. Contester des solutions aussi solidement déduites, des théories juridiques aussi habilement discutées serait une entreprise trop hardie. Nous nous bornerons donc aujourd'hui, sauf à revenir, à un autre moment, sur certaines des doctrines professées par l'auteur, et au sujet desquelles nous faisons nos réserves, à analyser brièvement le travail de M. Nadault de Buffon.

Le savant magistrat rappelle d'abord les principes généraux qui régissent le droit de propriété; ces principes doivent recevoir application toutes les fois que la loi positive n'y a pas dérogé. M. Nadault de Buffon pose en thèse que les eaux de source peuvent, à la différence des eaux courantes, être l'objet d'une propriété privée. Les droits du propriétaire sont absolus : il peut faire de la source ce qui lui convient, en user et en abuser, la détruire si cela lui est agréable. Il peut donc la détourner, et ce, alors même que la source dont il est propriétaire serait la tête d'un fleuve.

« Il sera, dit l'auteur, toujours loisible au propriétaire de la source de la céder à une ville ou à une compagnie, lesquelles pourront... en opérer la captation. Des rivières navigables et flottables, des cours d'eau, des fleuves même pourront de la sorte, sinon être mis entièrement à sec du moins voir diminuer notablement... le volume de leur eau... Quelles qu'en soient les conséquences, un tel fait sera légitime, ne consti-

Digitized by Google

tuera que l'usage licite du droit de propriété, et dès lors aucune autorité n'aura le pouvoir d'y mettre obstacle.

« La conséquence pourra en devenir fâcheuse pour les fonds inférieurs... mais le principe existe, et il faut s'incliner devant lui. Tant que l'article 641 restera ce qu'il est, il ne comportera aucun tempérament... »

Le propriétaire, qui peut supprimer la source, peut, à plus forte raison, en faire tel usage qu'il jugera à propos. Il a donc la faculté d'altérer l'eau, son droit n'a d'autres limites que celles que pose l'article 1386 du Code civil. Il peut pratiquer sur son fonds toutes les fouilles qu'il juge convenables, alors même que la conséquence de ces fouilles serait de tarir la source du voisin, mais le droit de fouille qui lui appartient peut également s'exercer contre lui.

Du droit absolu reconnu par la loi au propriétaire de la source découle, comme conséquence, l'inapplicabilité aux eaux de source des dispositions de l'article 645 du Code civil. L'autorité discrétionnaire que cet article accorde aux juges n'est applicable qu'aux cours d'eaux proprement dits. De même, les eaux de source échappent au pouvoir réglementaire de l'administration.

M. Nadault de Buffon examine ensuite quels sont les droits du propriétaire de la source hors de chez lui. Ce propriétaire a le droit de retenir chez lui la source, a la faculté de faire écouler le surplus de son eau sur les fonds inférieurs. Quelque dommageable que soit l'écoulement naturel des eaux de la source, le propriétaire inférieur est tenu de le subir. Mais, dès que l'écoulement n'est plus naturel, le fonds inférieur cesse d'être soumis à la servitude établie dans l'article 640 du Code civil.

L'application de ces principes aux puits artésiens a donné lieu à de nombreux procès. Comme corollaire du droit accordé au propriétaire de la source de faire des fouilles, suit pour le fond inférieur l'obligation de recevoir une plus grande quantité d'eau. Sur ce point, auteurs et jurisprudence sont à peu près d'accord, on ne discute que la question de savoir si le propriétaire supérieur doit des dommages-intérêts au propriétaire inférieur lorsque l'augmentation de la masse des eaux cause à celui-ci quelque préjudice. L'affirmative est généralement admise; mais que décider quand, en suite

Digitized by Google

des fouilles, il y a non pas augmentation du volume d'eau, mais création d'une source nouvelle? M. Nadault de Buffon, sur ce point spécial, d'un intérêt pratique incontestable, professe, d'accord avec MM. Daviel et Demolombe, que le propriétaire chez lequel une source aura jailli à la suite de forages artésiens, ne pourra se prévaloir de la servitude de l'article 640. L'écoulement, dans ce cas, cesse d'être naturel, et par conséquent l'obligation du fonds inférieur cesse absolument. A l'appui de son opinion, M. Nadault de Buffon invoque la loi du 29 avril 1845, celle du 10 juin 1854 sur le drainage.

Il est bien entendu que le propriétaire inférieur, dans les cas où il est soumis à la servitude créée par l'article 640, ne doit qu'une chose : ne pas s'opposer à l'écoulement de l'eau. La servitude de son fonds consiste non à agir, mais à souffrir, à ne point faire. Aussi ne saurait-il en aucun cas être contraint d'exécuter des travaux quelconques pour faciliter l'écoulement de l'eau, des travaux de curage par exemple, etc.

Dans la deuxième partie de son livre, M. Nadault de Buffon examine les restrictions apportées dans un intérêt privé à la propriété des eaux de source. Les droits absolus du propriétaire peuvent être modifiés ou détruits, soit par une convention, soit par le titre légal résultant de la destination du père de famille. Quelles sont les conditions nécessaires à la validité du titre conventionnel restreignant les droits du propriétaire originaire de la source, les règles à suivre pour déterminer la nature de la concession? Quels sont les droits du cédant et du cessionnaire? Comment s'induit, en la matière spéciale, la destination du père de famille? A quels actes peut-elle s'appliquer? Ces différents points sont successivement examinés par l'auteur.

Le propriétaire peut également perdre tout ou partie de ses droits originaires par l'effet de la prescription : l'application des règles de la prescription aux eaux de source donne naissance à des difficultés des plus sérieuses, que M. Nadault de Buffon discute dans tous leurs détails. Pour prescrire contre le propriétaire de la source, il faut au prescrivant une jouissance non interrompue, fondée sur des ouvrages apparents, à demeure fixe, entièrement achevés, destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau sur le fonds in-

Digitized by Google

férieur, et exécutés sur le fonds supérieur, sur le fonds où se trouve la source. Le propriétaire le plus éloigné peut tout aussi bien que celui immédiatement inférieur, et au préjudice des fonds intermédiaires qui n'auront pas gêné son initiative, acquérir l'eau de la source par prescription. Il n'est pas même nécessaire, d'après M. Nadault de Buffon, que le prescrivant soit un riverain. Les droits conférés sur la source au prescrivant seront d'étendue diverse, selon que les travaux auront été exécutés sur le cours de l'eau dans le fonds supérieur à une distance plus ou moins grande du lieu d'où la source sort de terre, ou sur la source même; dans le premier cas, la prescription confère au prescrivant un droit coexistant avec celui du propriétaire originaire; dans le second, celui-ci est entièrement dépossédé.

L'auteur applique à la prescription des eaux de source la disposition de l'article 2238 du Code Napoléon. Il considère l'intervention ou la contradiction de la possession comme pouvant, au même titre que des travaux exécutés sur le fonds supérieur, donner naissance à la prescription.

La troisième partie du livre est consacrée à l'examen des restrictions mises par le législateur à la propriété des eaux de source dans un intérêt public.

Le propriétaire de la source perd le droit d'en détourner le cours lorsqu'elle est nécessaire à une communauté d'habitants. M. Nadault de Buffon recherche la signification exacte de ces mots: nécessaire et communauté d'habitants. Il rappelle et analyse toutes les controverses auxquelles a donné lieu l'application de l'article 645 du Code civil; il insiste particulièrement sur ces mots employés par le législateur: « le propriétaire de la source ne peut en détourner le cours, » qui, d'après lui, indiquent bien la pensée du législateur. Celui dans le fonds duquel jaillit une source ne cesse jamais d'en être propriétaire; « il jouit de tous les droits de la propriété, sauf un seul; il peut user de son eau aussi largement, aussi abusivement que par le passé; il peut l'employer à d'autres usages, la consacrer à l'irrigation d'autres fonds, la consommer entièrement, même l'anéantir; les habitants n'auraient point, en ce cas, contre lui, l'action de dol, seulement ils seraient fondés à réclamer la restitution de l'indemnité qu'ils auraient pu payer dans les termes du dernier paragraphe de

Digitized by Google

l'article 645. Le seul attribut de la propriété que fasse perdre cet article, est la faculté de changer le cours de la source. »

Comme conséquence du principe ainsi posé, M. Nadault de Buffon professe que le droit des communautés d'habitants doit être restreint aux eaux qui ont un cours, et ne peut être étendu aux eaux stagnantes, puits, mares, étangs, non plus qu'aux eaux souterraines; que les communautés d'habitants ne peuvent aller puiser à une source dont l'eau ne sort point du fonds où elle prend naissance.

Les communautés d'habitants qui invoquent le droit à elles accordé par l'article 645, doivent indemniser le propriétaire dont la source leur est nécessaire. L'indemnité se règle eu égard au dommage causé au propriétaire, non proportionnellement à l'avantage que les habitants en tirent. Les communautés d'habitants peuvent, par la prescription, se libérer de l'obligation d'acquitter cette indemnité.

Les eaux consacrées à l'usage d'une commune sont imprescriptibles et inaliénables. En est-il de même des eaux surabondantes et superflues? Ce point spécial, qui a donné lieu à de nombreux débats, et sur lequel est intervenue une très-grande quantité de décisions judiciaires, est résolu par M. Nadault de Buffon dans le sens de la négative.

L'auteur examine ensuite et résume les restrictions apportées par la loi à la propriété des sources d'eaux minérales ou thermales, et les garanties qu'en compensation de ces restrictions le législateur a accordées au propriétaire; ce chapitre du livre est particulièrement intéressant et complet. Il est d'autant plus important que, à part une brochure publiée il y a quelque temps déjà par un fonctionnaire de l'ordre administratif, aucun travail sérieux n'avait été consacré encore au régime des eaux thermales. Et cependant chaque jour grandit l'importance et le nombre des thermes exploités. Dans le massif des Pyrénées, dans celui des monts d'Auvergne, des contestations nombreuses ont surgi dans ces derniers temps sur les droits respectifs des propriétaires de sources thermales et de leurs voisins. La loi du 14 juillet 1856 a établi à l'entour des sources thermales un périmètre de protection, elle a interdit aux voisins dans l'étendue de ce périmètre les fouilles, plus généralement les travaux qui pourraient tarir la source ou en amoindrir le débit. M. Nadault de Buffon

Digitized by Google

commente cette loi, résout les difficultés qu'en peut soulever l'application, notamment au point de vue de la compétence.

Les derniers chapitres du livre, intitulés dispositions communes à toute espèce d'eaux de source envisagées au point de vue possessoire, sont dignes de la plus sérieuse attention. L'auteur discute toutes les questions qui se rattachent à la possession d'une eau de source.

Les conditions dans lesquelles l'action possessoire peut être intentée, les personnes qui ont qualité pour la faire valoir, les fins de non recevoir qui peuvent y être opposées, les devoirs du juge du possessoire forment une série de chapitres réunis dans la quatrième partie du livre, et que complètent des tables intelligemment faites et facilitant singulièrement les recherches.

En un mot, M. Nadault de Buffon a analysé toutes les controverses qu'a soulevées l'application pratique des articles 640-645 du Code Napoléon, et des lois spéciales qui ont complété ces trois articles. Il a réuni et classé les nombreuses décisions judiciaires intervenues sur la matière, éparses dans les recueils d'arrêts, ou noyées dans les dissertations publiées par les différentes revues juridiques. De tous ces éléments divers il a réussi à faire un bon travail, qu'il destine à l'usage des magistrats, juges de paix, avocats, jurisconsultes, ingénieurs, administrateurs et propriétaires.

Chacun de ceux-ci pourra y trouver des renseignements utiles; car, c'est là une des principales qualités du livre dont nous venons de rendre compte, l'auteur, tout en faisant œuvre de jurisconsulte, a trouvé le moyen d'être toujours clair et précis et de se mettre à la portée de tous.

« Je n'ai point entendu, dit M. Nadault de Buffon dans son avant-propos, faire un livre de science ou de polémique, mais seulement un ouvrage pratique et usuel sur une matière spéciale qui, bien qu'exclusivement dévolue à l'autorité judiciaire, conserve par sa spécialité même un caractère qui la place en dehors des études habituelles des magistrats. Je me suis efforcé d'éviter à ceux-ci, au moins de leur abréger, des recherches toujours longues et ardues dans les auteurs et les recueils où les questions se présentent parfois multiples et où

Digitized by Google

le point qu'il s'agit de connaître ne s'aperçoit trop souvent qu'après qu'il a été dégagé d'éléments étrangers. »

M. Nadault de Buffon a bien rempli le but qu'il s'était proposé; son étude sur les eaux de source et les eaux thermales mérite d'attirer l'attention de tous ceux qui s'intéressent au progrès et à la vulgarisation de la science juridique.

GABRIEL DEBACQ.

JURIS ROMANI ANTIQUI

VESTIGIA, FRAGMENTA, MONUMENTA AD USUM SCHOLARUM,

Collegit, notis instruxit CAR. GIRAUD, antecessor parisiensis.

Ce Recueil ne sera pas moins utile aux professeurs qu'aux disciples.

M. Giraud a rendu un double service à l'enseignement et, en même temps, à tous les hommes curieux de l'antiquité romaine, en réunissant, pour la première fois, les plus anciens et les plus rares monuments de la législation de Rome, avec des notes substantielles où l'on retrouve l'érudition, tout à la fois sobre et solide, qui distingue éminemment notre savant maître.

Nous nous proposons d'en rendre compte dans le prochain numéro de la *Revue*. Pour aujourd'hui, le défaut d'espace ne nous permet que d'en signaler l'importance.

G. BOISSONADE, agrégé.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

de la législation.

DE LA PROMULGATION DES LOIS, SUIVANT LE DÉCRET DU 5 NOVEMBRE 1870.

Par M. Gabriel DEMANTE, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Comme toutes les années de crise, les deux années écoulées ont été fécondes en lois et décrets de tous genres. Et, d'abord, en sa qualité de Gouvernement provisoire, le *Gouvernement de la défense nationale* a été considéré comme investi du pouvoir législatif, et il en a usé. Ses décrets font, en ce moment, l'objet d'un travail de révision attentive; mais, tant qu'ils n'auront pas été rapportés, ils ont indéfiniment force de loi.

Aujourd'hui, indépendamment des projets de loi présentés par le Gouvernement, le plein exercice du droit d'initiative parlementaire alimente incessamment les sources de la législation. A considérer ce mouvement dans son ensemble, on y retrouve ce même esprit de justice et d'honnêteté qui est le fond du caractère de l'Assemblée nationale. Mais, par la force des choses, il manque à ce développement législatif l'esprit d'ensemble et de coordination. La désorganisation du Conseil d'État et l'extrême subordination du pouvoir exécutif, conséquence du régime actuel, pourraient à la longue introduire dans nos lois une dangereuse confusion. Il importe donc de tenir en éveil l'attention des jurisconsultes et sur les lois récentes et sur les propositions qui s'élaborent. A cet effet, il paraît bon de consacrer parfois à la législation cet *examen doctrinal* qui traditionnellement, depuis plus de vingt ans, ouvre chacun des cahiers de la *Revue critique*.

Nous commencerons par le décret du 5 novembre 1870, relatif à la *promulgation des lois*. « Dorénavant, dit ce décret « (art. 1), la promulgation des lois et des décrets résultera « de leur insertion au *Journal officiel de la République fran-* « *çaise*, lequel, à cet égard, remplacera le *Bulletin officiel des* « *lois*. Le *Bulletin officiel des lois* continuera à être publié... »

Digitized by Google

Là s'arrêtait la rédaction première dudit article, telle qu'elle a été insérée au *Journal officiel* du 6 novembre 1870. Mais le lendemain, 7 novembre, sous forme d'*erratum*, la rédaction était ainsi modifiée : « Le *Bulletin officiel des lois* continuera « à être publié, *et l'insertion qui y sera faite des actes non in-* « *sérés au* Journal officiel *en opérera la promulgation.* »

Cette intercalation malheureuse a détruit la belle et simple ordonnance du plan primitif. Désormais, la publicité légale devait concorder avec la publicité véritable. La vérité légale, trop souvent fictive et artificielle, devenait la vérité vraie. L'insertion au *Journal officiel* opère cette simple merveille, non pas que ce journal parvienne au gros du public ; mais, en général, ce qu'il insère dans sa *partie officielle* est reproduit dans les autres journaux, et ainsi la voix du législateur est repercutée par tous les échos.

Tel était, dans sa conception primitive, le système du décret du 5 novembre 1870. Mais aujourd'hui la promulgation résulte d'une formalité alternative. A défaut du *Journal officiel*, le *Bulletin des lois* conserve l'autorité que lui assigne, pour la promulgation des lois et des décrets, l'ordonnance royale du 27 novembre 1816. Ainsi celui qui veut avoir pleine sécurité quant à la promulgation des actes de l'autorité publique, celui-là doit consulter à la fois tous les numéros du *Journal officiel* et aussi bien tous les cahiers du *Bulletin des lois*, ce qui a été omis dans le *Journal* pouvant se trouver promulgué subsidiairement par l'insertion au *Bulletin*. Le procédé est d'une complication singulière.

Ce n'est pas encore le seul inconvénient résultant de l'intercalation dont il s'agit. Le décret du 5 novembre (articles 3 et 4) remplaçait complétement l'article 1 du Code civil. Au lieu du délai des distances, calculé entre Paris et chacun des chefs-lieux de département, ledit décret rend les lois obligatoires, « à Paris, un jour franc après la promulgation, et « partout ailleurs dans l'étendue de chaque arrondissement, « un jour franc après que le *Journal officiel*, qui les contient, « sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. »

Pour être conséquent, il fallait dire : le *Journal officiel* ou le *Bulletin des lois*. Mais, dans l'état de la rédaction définitive, il s'ensuit que le système des délais de distance, posé par l'article 1er du Code civil, demeure applicable aux actes qui

Digitized by Google

sont promulgués par l'insertion au *Bulletin des lois*. La conséquence est bizarre, étrange, mais inéluctable.

L'auteur, ou plutôt le correcteur du décret a cédé, au dernier moment, à un scrupule honorable. Il a craint d'innover trop radicalement, de rompre avec des habitudes acquises quant au *Bulletin des lois*, de trop surcharger les colonnes du *Journal officiel*. Il faut rappeler aussi bien les circonstances douloureusement exceptionnelles où nous nous trouvions à cette heure lugubre du 5 novembre 1870. Depuis près de deux mois, Paris était investi. Le Gouvernement central avait une délégation à Tours, plus tard à Bordeaux. La correspondance directe du Gouvernement avec les départements était confiée aux hasards de la navigation aérienne. Chaque ballon qui partait de Paris emportait quelques numéros du *Journal officiel*. Dans ces circonstances, on ne pouvait maintenir les formes habituelles de la promulgation, la réception du cahier du *Bulletin des lois* au ministère de la justice. On a pourvu au plus pressé en donnant force à la publication dans le *Journal officiel*. Le temps n'était pas à la coordination systématique des lois.

Mais ce qui ne pouvait être fait dans une heure de crise doit être accompli aujourd'hui avec calme et réflexion.

Le principe du décret est excellent; il doit être maintenu. Il convient seulement d'effacer la disposition intercalée après coup et de consacrer un procédé uniforme de publicité pour opérer la promulgation des actes de l'autorité publique.

Le même décret du 5 novembre 1870 porte, dans son article 2, que « le Gouvernement, par une disposition spéciale, « pourra ordonner l'exécution immédiate d'un décret. » C'est la consécration formelle du principe posé par l'ordonnance du 27 novembre 1816 et réglé en détail par l'ordonnance du 18 janvier 1817. Ces ordonnances péchaient en la forme, car elles empiétaient manifestement sur le domaine du pouvoir législatif. Mais leurs dispositions au fond étaient sages ; elles ont été accueillies sans réclamation et constamment pratiquées. Le décret du 5 novembre 1870, en s'y référant implicitement, leur donnerait au besoin une confirmation nouvelle. Il n'est donc pas douteux qu'elles ne soient maintenues. L'ordonnance du 18 janvier 1817 est ainsi conçue (article 1er): « Dans les cas prévus par l'article 4 de notre

Digitized by Google

« ordonnance du 27 novembre 1816, où nous jugerons con-
« venable de hâter l'exécution des lois et de nos ordon-
« nances en les faisant parvenir extraordinairement sur les
« lieux, les préfets prendront incontinent un arrêté par le-
« quel ils ordonneront que lesdites lois et ordonnances
« seront imprimées et affichées partout où besoin sera. »

Plusieurs décrets récents du président de la République [1] visent expressément lesdites ordonnances pour en faire l'application. Mais ces actes du chef du pouvoir exécutif passent sous silence le décret-loi du 5 novembre qui contient aujourd'hui le principe de la déclaration d'urgence. Le Gouvernement actuel a cependant reconnu formellement la force législative de ce décret [2].

Il serait donc plus régulier de modifier à cet égard la rédaction anciennement usitée dans les cas d'urgence, et, tout en visant, pour les détails d'exécution, l'ordonnance du 18 janvier 1817, de ne pas omettre le décret du 5 novembre 1870.

Les plus humbles détails ont leur importance, quand il s'agit d'assurer l'exactitude des idées et la précision du langage dans les matières du droit. Or une certaine confusion s'était introduite, en ces derniers temps, relativement à l'indication de la date officielle des lois. La loi était parfois désignée par la date de sa promulgation. Cette date est sans doute fort importante à considérer, puisqu'elle fixe le point à partir duquel la loi devient exécutoire. Mais la loi a sa perfection du jour où elle est votée par l'Assemblée nationale. A partir de ce jour, elle s'impose au premier magistrat de la République, qui est obligé de procéder à la promulgation. Il est donc convenable de désigner les lois par la date du jour où elles ont été adoptées par l'Assemblée, qui, aujourd'hui, est seule investie du pouvoir législatif.

Des instructions ministérielles ont donné des ordres aux agents du Gouvernement pour l'exacte observation de cette règle [3].

[1] Voir notamment deux décrets, en date du 17 janvier 1872 (*Journal officiel* du 19), portant convocation de colléges électoraux.

[2] Voir une circulaire du ministre de l'intérieur aux préfets, en date du 2 octobre 1871 (Contrôleur de l'enregistrement, art. 14811).

[3] Voir la circulaire du ministre de la justice, en date du 26 septembre 1871, et la circulaire précitée du ministre de l'intérieur.

Digitized by Google

Il est à désirer aussi que les jurisconsultes, rédacteurs des collections non officielles, ne mentionnent pas, dans l'intitulé des lois, les trois dates qui se réfèrent aux diverses délibérations de l'Assemblée. Quand une proposition de loi est soumise à trois délibérations distinctes, c'est la troisième seule qui en constitue l'adoption. La date de la loi est donc la date du jour où, à la suite de la troisième délibération, ou, comme on dit parfois, de la troisième *lecture*, est intervenu le vote d'adoption.

Nous avons consacré ce premier examen doctrinal à une matière d'intérêt tout a fait général, car le procédé de la promulgation est le même pour les lois de tous les ordres.

Nous nous attacherons plus spécialement, dans quelques examens ultérieurs, aux documents qui concernent les actes de l'état civil.

Déjà, sur cette matière, des mesures urgentes ont été prises par les lois du 19 juillet 1871 et du 6 janvier 1872. Mais il reste à pourvoir à la reconstitution des actes de l'état civil de la ville de Paris. Nous suivrons attentivement les travaux législatifs sur cette matière qui réveille de si douloureux souvenirs.

Dès aujourd'hui, nous signalerons un décret du président de la République, en date du 10 janvier 1872 [1], portant suppression du *conseil du sceau des titres*. « Les fonctions de ce « conseil, en tout ce qui n'est pas contraire à la législation « actuelle, sont attribuées, conformément à l'ordonnance du « 31 octobre 1830, au conseil d'administration établi près « le garde des sceaux, ministre de la justice. » (Article 2 du décret du 10 janvier 1872.) Ce décret règle un point d'organisation administrative ; il ne touche pas au fond du droit. Nos mœurs publiques sont sans doute assez fortes pour ne plus prendre ombrage des titres de noblesse. Nul ne songe donc à rétablir le décret du 29 février 1848 qui les avait abolis pour l'honneur des principes étroits de la tradition révolutionnaire. Ce décret dictatorial de 1848 a été abrogé par un décret du même genre du 24 janvier 1852. En cet état de choses, sous la République comme sous la monarchie, et, dans les mêmes termes, il reste à discerner les limites

[1] *Journal officiel* du 11 janvier 1872.

Digitized by Google

respectives de la compétence administrative et de la compétence judiciaire, suivant qu'il s'agit de la vérification des titres de noblesse ou de la rectification des actes de l'état civil. Ce sujet a donné lieu à un développement intéressant de la jurisprudence des arrêts. Nous y reviendrons en traitant, d'une façon générale, *de la propriété des noms de famille.*

G. DEMANTE.

OBSERVATIONS

SUR L'ORGANISATION JUDICIAIRE EN FRANCE

A L'OCCASION

du projet de loi de M. Bérenger.

Par M. Seligman, président du tribunal d'Annecy (Haute-Savoie).

La plupart des idées développées dans le bel exposé des motifs du projet de loi de M. Bérenger me paraissent justes et d'une application pratique. Je me bornerai donc à signaler les points sur lesquels je ne partage pas entièrement son opinion ou qui, à mon avis du moins, demandent quelques modifications pour produire les résultats désirables.

Si l'on n'est pas sous l'empire d'idées préconçues soit par ignorance, soit par rancune de parti, on doit reconnaître que la magistrature française présente toutes les garanties d'intégrité; que son honorabilité et la dignité de sa tenue ne peuvent pas, non plus, en général, être contestées et que, sauf l'invasion de quelques-uns des éléments jetés dans les parquets à chaque révolution, les magistrats ont été presque toujours choisis dans de bonnes conditions de famille et de position sociale.

Mais on doit avouer que les reproches sont plus fondés en ce qui touche l'absence de capacité chez certains magistrats, le défaut de travail et d'activité. D'un autre côté, grâce au don fatal du jugement des délits politiques, la magistrature a souffert gravement dans sa réputation d'indépendance vis-à-vis du pouvoir.

Digitized by Google

Si l'on veut améliorer sans détruire, le remède dans la nouvelle organisation judiciaire doit porter notamment sur les trois vices que je viens de signaler.

1° *Remède contre l'incapacité des magistrats.*

L'entrée dans la magistrature qui, pour l'exercice de ses fonctions, a besoin de tant de connaissances, dépend jusqu'à présent complétement de l'arbitraire du gouvernement. Le diplôme de licencié et deux années de stage comme avocat, dont on peut même être dispensé, sont les seules conditions requises ; et le gouvernement peut, à son gré, conférer au premier avocat venu les grades les plus élevés dans les fonctions judiciaires. De toutes parts on réclame pour l'admission dans la magistrature le concours qui donne accès à toutes les carrières sérieuses : le professorat, les mines, les ponts et chaussées, les armes savantes, etc...

Pour pouvoir se présenter au concours[1], il faudrait être docteur en droit, et déclaré admissible par le conseil supérieur institué auprès du ministre de la justice. En effet, le doctorat est une preuve de connaissances théoriques sur les matières du droit, et fermera l'entrée de la magistrature aux jeunes gens qui reculent devant les épreuves sérieuses exigées pour obtenir ce diplôme. De plus, le conseil supérieur serait chargé de recueillir les renseignements sur les conditions de moralité et d'honorabilité des candidats avant de les admettre au concours.

M. Bérenger propose, en outre, d'accepter dans la magistrature en les exemptant du concours les membres les plus exercés et les plus honorables du barreau. Mais il ne leur accorde, avec raison, ce privilége que moyennant des garanties d'un ordre différent, mais également sérieuses. Sur ce

[1] En Piémont, d'après l'ordonnance royale du 17 octobre 1854, les aspirants à la carrière des emplois judiciaires devaient être 1° docteurs en droit, 2° avoir fait un stage de deux années dans les bureaux d'un avocat des pauvres et ensuite 3° être déclarés admissibles, à la suite d'un examen passé devant une commission, nommée chaque année par décret royal. La composition de cette commission, la matière des examens et la constatation des résultats sont réglées dans dix articles de cette ordonnance, utiles à consulter.

Digitized by Google

point, nous n'avons rien à ajouter au remarquable travail de M. Bérenger.

L'institution d'un conseil supérieur près le ministère de la justice, dont la création est proposée par M. Bérenger, ne me paraît pas seulement utile pour l'admission des candidats dans la magistrature, mais ainsi que nous le verrons bientôt, pour leur avancement. Le conseil devrait être présidé par le garde des sceaux et composé du premier président, des présidents de chambre, de trois conseillers de la Cour de cassation désignés par elle, du procureur général et d'un avocat général près la même Cour. Il y a, dans cette composition, toutes les garanties d'indépendance et de lumières. On pourrait y ajouter, comme élément pris en dehors de la magistrature, trois conseillers d'État et un inspecteur général des écoles de droit.

Nous avons dit qu'il n'existait aucune règle pour l'entrée dans la magistrature. Il en de même pour l'avancement. Tout y est laissé à l'arbitraire du gouvernement. Il est vrai que, malgré l'absence de loi, en temps ordinaire les abus ne sont pas bien fréquents : on observe une certaine hiérarchie. Mais on ne peut méconnaître que, sous tous les ministères, il n'y ait eu, comme dit M. Bérenger, de ces avancements sans pudeur qui faisaient sauter tel ou tel privilégié par dessus les grades imposés au vulgaire, et qui l'amenaient en quelques années par une course effrénée à travers les positions au sommet de l'échelle. Est-il besoin d'insister sur les funestes conséquences qu'entraînent, pour la magistrature, de pareilles faveurs accordées à des sujets qui ne se distinguent pas toujours par un mérite supérieur?

Pour parer à cet inconvénient, M. Bérenger propose que nul ne pourra être appelé à un grade supérieur sans avoir passé par le grade immédiatement inférieur, et sans y avoir fait un stage dont le minimum sera déterminé par la loi. Mais, cette condition remplie, se présente cette grave question : par qui, et comment se donnera l'avancement? Dans la pratique suivie jusqu'à présent, l'avancement s'obtient sur la présentation faite par les chefs de Cour. Mais souvent la chancellerie ne les suit pas et nomme des candidats à son gré. Cela arrive fréquemment dans les ressorts où les premiers présidents et les procureurs généraux ne sont pas d'accord.

Digitized by Google

Un pareil arbitraire jette le découragement dans les ressorts qui en sont victimes, embarrasse même les magistrats qui en profitent et déconsidère la magistrature.

Comment remédier à ces inconvénients? On critique le droit de présentation par les chefs de la Cour, parce qu'émanant d'un seul homme, il peut être le résultat d'une préférence capricieuse. M. Bérenger propose comme correctif, que la liste des candidats soit arrêtée en assemblée générale par les Cours respectives, dans lesquelles les vacances se sont produites. La Cour devrait même s'adjoindre le bâtonnier de l'ordre des avocats, puisque le barreau peut être appelé à fournir lui-même des candidats. On ne peut méconnaître que la discussion au sein de la Cour du mérite des différents candidats ne paraisse un obstacle sérieux contre l'arbitraire des chefs. Mais n'est-il pas à craindre qu'en laissant les Cours chargées seules de dresser les listes de candidats, on ne leur attribue un pouvoir excessif, dont l'abus ne tarderait pas à faire de la magistrature une caste privilégiée renfermée dans les petitesses de l'esprit local? L'adjonction du bâtonnier est un faible palliatif contre le népotisme qui s'introduirait, de sorte que la magistrature deviendrait presque héréditaire dans certaines familles. On comprend les condescendances mutuelles parmi les conseillers pour les fils et parents de magistrats. Les chefs de la Cour, n'ayant plus la responsabilité exclusive de leurs actes, consentiront à des transactions vis-à-vis de leurs collègues, et la justice redeviendra pour ainsi dire un patrimoine de famille.

Les conseillers ayant rarement l'occasion d'apprécier par eux-mêmes la valeur des magistrats, se laisseront guider par des considérations souvent étrangères au bien du service. Tel magistrat saura plaire par l'aménité de son caractère sans avoir le mérite d'un autre. Souvent même, l'intrigant qui sait flatter sera préféré à l'homme d'une vraie valeur intellectuelle, mais qui, réservé et froid, n'inspirera pas de sympathies. Ainsi la présentation par la Cour réunie a ses inconvénients à côté des avantages qu'elle présente. Il faudrait donc permettre aux chefs de la Cour, selon les circonstances dont ils sont les meilleurs juges, de présenter aussi des candidats eux-mêmes et sous leur propre responsabilité. Dans leur haute position, ils n'useront de ce droit que pour

Digitized by Google

combattre un préjugé dont ils n'auront pu triompher dans le sein de la Cour.

Par cette combinaison, l'influence des Chefs de la Cour, qui ont les meilleurs moyens d'investigation pour connaître les magistrats, ne peut être annulée par la masse des conseillers irresponsables et moins au courant de la situation des magistrats.

Si par les présentations bien contrôlées il peut être pourvu par le gouvernement aux vacances qui se présentent dans les différentes Cours, il ne serait pas juste que les avancements fussent toujours donnés aux magistrats du même ressort. L'esprit local, toujours étroit, s'introduirait dans la magistrature, nuirait à l'unité et produirait une certaine diversité dans la manière de juger les affaires selon qu'elles se présenteraient dans tel ou tel ressort. De plus, il arriverait que, les vacances étant, surtout depuis la loi sur la mise en retraite, fréquentes dans un tel ressort et rares dans tel autre, la carrière des magistrats serait arrêtée selon qu'ils appartiendraient à telle ou telle Cour.

Pour obvier à cet inconvénient il suffirait de dresser à la chancellerie une liste générale, c'est-à-dire un tableau d'avancement pour toute la France sur les présentations faites par chaque Cour. Cela existe pour d'autres carrières, il serait bon de l'introduire dans la magistrature. Voici comment on y procéderait :

Dans chaque ressort, d'après le mode de présentation que j'ai indiqué ci-dessus, on fournirait une liste de candidats, dont le nombre serait indiqué d'avance pour chaque position même avant qu'il y eût des vacances. Cette liste serait transmise à la chancellerie et le conseil supérieur serait réuni sous la présidence de M. le garde des sceaux pour former le tableau d'avancement d'après les renseignements fournis par les différentes cours et ceux qu'il pourrait recueillir lui-même. Ce tableau d'avancement serait revisé tous les ans pour y opérer les changements nécessaires.

Il y aurait là un grand avantage pour la magistrature. Il ne faut pas se le dissimuler, au moment où une vacance se présente les sollicitations prennent souvent un caractère qui nuit à la considération des magistrats. Les intrigants font jouer tous les ressorts pour parvenir, tandis que des magistrats

Digitized by Google

réservés et souvent plus méritants répugnent à l'emploi de ces moyens. D'autres enfin, voulant faire comme tout le monde, finissent par oublier leur dignité personnelle et imitent l'exemple donné. De là, un abaissement général dans les caractères. Tout cela disparaîtrait, dans une forte mesure du moins, si l'avancement des magistrats était pour ainsi dire fixé avant les vacances par le tableau dressé dans les conditions d'indépendance, de lumières et d'investigations consciencieuses faites par le conseil supérieur.

D'un autre côté, par la comparaison de la situation générale des différents ressorts, les nominations seraient mieux réparties pour les besoins du service et la récompense due à tous les magistrats de la France.

Il est bien entendu qu'aucun avancement ne pourrait être donné qu'à ceux portés sur le tableau. M. le garde des sceaux devrait communiquer aux magistrats leur situation. Le désir de se faire maintenir au tableau serait un stimulant suffisant pour ceux qui y figurent, et celui d'y être porté pour ceux qui y aspirent.

Si, par suite d'une répartition équitable, les magistrats d'un ressort où il y a trop peu de vacances avaient droit à des places dans une autre Cour, il y aurait un certain avantage pour les magistrats qui consentiraient à en changer, puisqu'ils concourraient non-seulement pour les places de leur ressort, mais aussi pour les autres postes; et cette compensation pour les magistrats qui acceptent de se déplacer est évidemment équitable. Car il est bon, pour le bien du service même, que les magistrats ne soient pas toujours pris dans le même ressort, et le moyen proposé facilitera la chose avec d'autant plus de justice que les magistrats qui en profiteront seront toujours présentés pour l'avancement qu'ils obtiendront.

D'un autre côté, on pourrait, comme cela se fait dans d'autres pays, récompenser dans une certaine proportion les magistrats qui, à raison de leur âge, de leurs intérêts ou de leurs goûts ne veulent pas changer de ressort, ni même de résidence, en leur conférant en considération de leurs services une classe supérieure qui augmenterait leur traitement, tout en les maintenant dans le poste qu'ils occupent. Cela pourrait surtout s'appliquer aux conseillers qui quittent rare-

Digitized by Google

ment leur Cour et parvienneut ainsi difficilement à un rang supérieur.

Magistrat depuis vingt-quatre années, je crois avoir exprimé des idées puisées dans l'expérience et mûries par la réflexion sans que l'on puisse me taxer d'être un de ces audacieux novateurs qui, au lieu d'améliorer les institutions, veulent bouleverser tout ce qui existe, pour le remplacer par leurs chimères [1].

2° *Remède au défaut de travail et d'cativité chez les magistrats.*

Il est un fait notoire que dans un tiers environ des cours et des tribunaux les conseillers et les juges ne s'occupent des travaux de leur fonction que de six à douze heures par semaines, les audiences comprises et sans compter les vacances.

Voilà donc des magistrats institués par l'État qui ne donnent qu'une ou deux heures par jour aux occupations de leurs charges. M. Bérenger, on le comprend facilement, signale les conséquences de cette oisiveté officielle. Le «*otium cum dignitate*», n'est plus de nos jours. La magistrature, dit-on vulgairement est un métier de chanoine. Mais le travail seul peut, à notre époque, imposer le respect aux populations. On doit rétribuer les fonctionnaires à raison de leurs occupations et de leur assiduité au service de l'État. Il n'est pas douteux que, dans ces petits tribunaux sans affaires, les magistrats ne perdent au lieu de gagner. L'ennui, l'oisiveté, le mécontentement les envahissent, et, comme dit fort bien M. Bérenger, ces sièges sont de véritables écoles d'oisiveté où se perd le goût de l'étude et se gagne invinciblement celui du changement. On voit alors les magistrats du pays, au lieu de s'occuper des affaires, employer leur temps à l'administration de leurs biens, vivre généralement à leur campagne, tandis que les magistrats étrangers mènent une existence d'oisiveté qui ne doit pas inspirer le respect aux populations et qui jette la déconsidération sur la magistrature elle-même. Les conseils de préfecture sont encore moins

[1] Ce que nous venons de dire s'applique aux cours et tribunaux et par conséquent à un nombre restreint de magistrats, de sorte que le tableau dont nous parlons pourra être dressé facilement. Il n'est pas question ici des juges de paix.

Digitized by Google

occupés. Il y aurait donc avantage à les supprimer et à n'avoir qu'une seule juridiction pour les affaires civiles et administratives, dont la distinction dans les circonstances actuelles n'a pas de raison d'être. Il en résulterait une économie pour nos finances et une unité de juridiction au profit des justiciables.

Certes, l'organisation judiciaire, dans son principe, telle qu'elle est sortie des discussions de l'Assemblée nationale, doit être maintenue. Il faut laisser subsister nos différentes juridictions si bien organisées, les justices de paix, les tribunaux de première instance, les Cours d'appel avec la Cour régulatrice au sommet, pour maintenir l'unité d'interprétation de la loi; mais cela n'empêche pas de supprimer un certain nombre de tribunaux et de cours d'appel quand l'inutilité en est démontrée, et que d'un autre côté, cette suppression aurait pour effet d'élever le niveau de la science et de la capacité parmi les magistrats, de donner à leurs habitudes plus de dignité et de relever la considération du corps judiciaire.

Nous reconnaissons qu'il y a dans l'exécution de cette mesure un travail excessivement délicat, et qu'il y a de nombreux obstacles à sa réalisation. Nous trouvons pour cette opération d'excellents éléments dans le travail de M. Bérenger. L'éminent jurisconsulte a pris pour base le nombre des affaires contradictoirement jugées, tout en considérant la distance qui sépare les justiciables du chef-lieu judiciaire. Il faudrait aussi en réglant les nouvelles circonscriptions tenir compte dans une certaine mesure du chiffre de la population, pour ne pas trop éloigner les justiciables de leurs juges. Ainsi, il me paraît nécessaire qu'il y ait un tribunal au moins pour une population de 150.000 âmes, quelque soit le nombre des affaires contradictoirement jugées.

Avec ce correctif nous ne sommes pas éloignés d'adopter les idées de M. Bérenger. Du reste, il existe sur cette suppression des travaux préparatoires que le gouvernement consultera avec fruit. Si la mesure a échoué jusqu'à présent devant la résistance ardente des intérêts locaux, il faut espérer qu'à notre époque de transformation et de régénération l'intérêt supérieur et général en triomphera pour relever la magistrature, cette grande force sociale.

Digitized by Google

3° *De l'indépendance des magistrats.*

On ne peut méconnaître que la magistrature n'ait été vivement attaquée dans son indépendance surtout en matière politique. Ces accusations exagérées par l'esprit de parti s'appuient sur quelques faits isolés pour envelopper toute la magistrature dans une injuste condamnation. On lui reproche notamment sa participation aux commissions mixtes et des condamnations trop sévères en matière politique. Qu'il y ait dans ces accusations un grain de vérité, on ne peut en douter. Mais tout le mal vient de ce que la magistrature a été trop mêlée aux affaires politiques par le jugement des délits de cette nature.

Quel mal n'a pas fait à la magistrature la création de ces commissions mixtes dans lesquelles le gouvernement d'alors avait fait entrer quelques membres du parquet! En effet, une des plus puissantes garanties du citoyen contre l'injustice consiste dans la fixité de l'organisation judiciaire, et dans la certitude que jamais l'exercice de la justice ne sera interrompu ni confié à d'autres personnes qu'aux magistrats. Si son action est paralysée ou détournée de son cours pour être livrée à des commissions temporaires, ces atteintes ébranlent la constitution de l'État même, et compromettent, par suite, la liberté civile et la liberté publique. On comprend alors toute l'indignation contre une institution qui est la négation du pouvoir judiciaire. Mais faudrait-il condamner la magistrature, parce que le gouvernement aurait violé les principes de notre organisation judiciaire par la création des commissions temporaires?

Certes, il n'est que trop vrai qu'en matière de répression politique, sous le régime précédent, le gouvernement avait, comme dit M. Bérenger, réduit les officiers du parquet au rôle passif d'exécuteurs des volontés ministérielles. Les magistrats étant à la merci du gouvernement qui peut les révoquer à son gré, sont trop souvent placés entre leur intérêt et leur conscience, et un pareil régime n'est pas fait pour former les grands caractères. On a donc, avec raison, blâmé absolument la participation de certains magistrats à ces commissions mixtes. Mais avoir voulu atteindre ces magistrats

Digitized by Google

en violant le principe de l'inamovibilité, c'était punir des faits isolés par la violation de la base fondamentale de l'organisation judiciaire.

En effet, l'inamovibilité est la meilleure garantie d'une bonne justice. Elle assure l'indépendance du juge contre la volonté des partis puissants qui méprisent le frein salutaire des lois. Le magistrat sur lequel, dans l'exercice de ses fonctions, les passions d'autrui peuvent influer, qui, selon qu'il décide de telle ou telle façon, doit espérer ou craindre n'est plus un juge indépendant : sa place est usurpée par tous ceux qui dirigent sa volonté ; l'usurpateur le plus terrible, c'est le gouvernement : il possède la puissance publique.

Permettre au gouvernement de porter atteinte au principe de l'inamovibilité de la magistrature était donc évidemment une flagrante usurpation de pouvoir, et c'est avec justice que l'Assemblée nationale, sur la proposition de M. le garde des sceaux Dufaure, a annulé le décret illégal de la délégation de Bordeaux.

Mais que ressort-il de tous ces faits? C'est qu'il faut séparer complétement la magistrature de la politique. Il faut lui retirer la compétence des délits politiques : car chaque fois qu'elle en a connu, elle est tombée en proie aux accusations des partis et a été atteinte dans sa considération.

Nous voulons donc le maintien de l'inamovibilité de la magistrature, la fixité dans l'organisation judiciaire, et par conséquent, nous réprouvons avec énergie toute création de commissions temporaires. Nous demandons que la connaissance des délits politiques soit enlevée à la magistrature. Nous trouvons aussi dans l'établissement du concours au lieu du choix arbitraire des magistrats par le gouvernement, un élément sérieux pour assurer l'indépendance de la magistrature. Ce que nous avons dit précédemment des changements à introduire dans le mode d'avancement relèvera le caractère des magistrats, et sera un remède efficace contre la négligence, l'inaptitude et l'ignorance des juges, et contribuera ainsi puissamment à rendre indépendante la magistrature et à empêcher la violation des droits. Alors on ne reprochera plus au gouvernement de trop dédaigner les services de la magistrature inamovible en faveur de services plus politiques que judiciaires, et de donner plutôt ses préférences aux ma-

Digitized by Google

gistrats du parquet dans la répartition des récompenses; et tout cela aux dépens d'une bonne composition des Cours et tribunaux.

Des justices de paix[1].

Les idées que nous avons émises sur les justices de paix dans notre ouvrage sur les réformes de notre procédure civile, publié en 1855, se rencontrent généralement avec les propositions faites par M. Bérenger et nous conduisent comme lui à exiger des juges de paix le titre de licencié, et leur agrément par le tribunal du chef-lieu du département dans le ressort duquel ils ont leur domicile.

Comme il s'agit de juges uniques, on ne pourra leur attribuer que l'inamovibilité restreinte dont parle M. Bérenger, et il ne serait pas prudent d'étendre leur compétence.

En effet, toutes les garanties de bonne justice manquent aux plaideurs : garanties de capacité, garanties de discussion sérieuse et de contrepoids aux opinions préconçues d'un seul magistrat. Ce n'est pas la sentence mûrie d'un collége de juges, mais l'opinion non discutée d'un seul homme qui décide, et souvent en dernier ressort, et comme il est dit dans le *Traité des Principes*, œuvre des anciens sages d'Israël :

« Ne juge point seul, car il n'appartient qu'à celui qui est unique de juger seul. »

Ainsi que nous l'avons dit au début de notre petit travail, nous n'avons pas la prétention de traiter en entier cette grosse question de la réforme de l'organisation judiciaire. Nous nous sommes bornés à indiquer quelques idées que nous ont suggérées nos réflexions et notre expérience à côté du travail d'ensemble de M. Bérenger. Le projet de loi du savant jurisconsulte est une œuvre vraiment magistrale, qui mérite d'être prise en grande considération par les législateurs, et si nous avons exprimé notre opinion sur quelques points seulement, c'est que nous adoptons en général les propositions

[1] Nous venons de faire un travail spécial sur l'organisation des tribunaux de paix que nous pourrons publier dans un des prochains numéros de la *Revue*.

Digitized by Google

de M. Bérenger. C'est un des plus remarquables parmi les nombreux travaux faits dans ces derniers temps sur les réformes de l'organisation judiciaire. Au milieu de ce mouvement d'idées qui saisit tous les esprits sérieux s'élabore ce grand problème, et je suis convaincu qu'il sortira de ce travail réformateur une organisation judiciaire digne de la France et de la magistrature, qui tout en conservant le bien acquis, y introduira les améliorations nécessaires. SELIGMAN.

ORGANISATION JUDICIAIRE EN ESPAGNE.

RECRUTEMENT DE LA MAGISTRATURE.

Par M. Gabriel Debacq,
docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Les Cortès espagnoles ont, en 1870, voté une loi nouvelle sur l'organisation du pouvoir judiciaire. Cette loi est dite provisoire. Mais c'est de l'autre côté des monts un dicton, dont les faits se sont assez volontiers donné la peine de confirmer l'exactitude, qu'en Espagne le provisoire seul est définitif. La loi du 15 septembre 1870 mérite donc, malgré son titre, d'attirer l'attention de tous ceux qui s'intéressent aux études de législation comparée. Elle a réalisé de sérieux progrès, substitué notamment dans la plupart des cas, et pour toutes les affaires de quelque importance, à l'ancien système de l'unité du juge et de l'instruction écrite et secrète, le principe de la publicité des débats et de la pluralité des magistrats appelés à vider les procès. Il est permis de dire, après avoir lu l'œuvre du législateur espagnol dans son ensemble, que malgré son désir d'être lui-même, il a subi l'influence du voisinage, que l'organisation judiciaire votée par les Cortès n'est pas sans présenter de sérieux points de ressemblance avec notre organisation française. Mais la copie, si copie il y a eu, est loin, fort loin d'être servile, et un grand nombre de dispositions de la loi du 15 septembre 1870 pourraient être, sinon empruntées, du moins étudiées avec fruit par la commission chargée par l'Assemblée de réorganiser l'admi-

Digitized by Google

nistration de la justice en France. La loi espagnole peut prêter le flanc à de vives critiques, nous n'entendons point le dissimuler; les journaux de la péninsule, des jurisconsultes et des hommes politiques en ont vigoureusement attaqué certaines parties. Mais il peut y avoir à tirer d'une législation, fût-elle médiocre à certains point de vue, de très-sérieux enseignements. Telle disposition trop absolue peut, à l'aide de quelques remaniements de détail, produire en pratique d'excellents résultats ; telle idée juste, débarrassée de restrictions inutiles ou d'exagérations fâcheuses, peut devenir la source de fécondes réformes ou d'utiles progrès. Ne pourrions-nous pas, notamment, prendre bonne note, et faire notre profit de cette phrase significative écrite dans l'article 7 du titre préliminaire de la loi espagnole : « Il est défendu aux magistrats de tous les degrés, individuellement ou en corps, de se mêler aux réunions, manifestations ou autres actes de caractère politique, alors même que cela serait permis aux autres Espagnols. »

La loi du 15 septembre 1870 est d'une étendue trop considérable (elle ne compte pas moins de 932 articles complétés par des décrets réglementaires assez nombreux) pour que nous l'examinions dans son ensemble, quant à présent du moins. Nous nous attacherons spécialement, dans le présent article, à la partie relative au mode de recrutement des magistrats des différents ordres.

La justice est administrée en Espagne par les juges municipaux (jueces municipales), les juges d'instruction (jueces de instruccion) les tribunaux d'arrondissement (tribunales de partido), les audiences (audiencias) et le tribunal suprême.

Sans entrer dans le détail des attributions de chacune de ces juridictions, nous dirons que le tribunal suprême qui siége à Madrid occupe dans l'organisation judiciaire de la Péninsule, relativement aux audiences et aux tribunaux des différents degrés, une place analogue à celle de la Cour de cassation en France, place analogue, écrivons-nous, et non pas rôle analogue. Le fonctionnement du tribunal suprême diffère à de notables points de vue de celui de notre Cour de cassation.

Digitized by Google

Les audiences peuvent être assimilées, sous le mérite, bien entendu, des mêmes réserves que nous faisions relativement au tribunal suprême, à nos cours d'appel : elles comprennent dans leur ressort un certain nombre de tribunaux d'arrondissement.

Ceux-ci répondent, ou peu s'en faut, à celles de nos juridictions qui portent le même nom. Le ressort de chaque tribunal d'arrondissement est divisé en circonscriptions à la tête desquelles se trouvent des juges d'instruction. Ces juges ne font pas partie du tribunal d'arrondissement; ils occupent dans la hiérarchie judiciaire une place inférieure à celle des juges de ce tribunal. Nous résumons en deux mots leurs fonctions : au criminel ils instruisent les affaires; au civil, ils procèdent aux enquêtes, interrogatoires etc., par délégation des tribunaux d'arrondissement, et sont chargés de toutes les commissions rogatoires.

Les juges municipaux occupent à peu près la place de nos juges de paix; mais sont, sinon en dehors, du moins à côté de la hiérarchie judiciaire proprement dite. Ils se recrutent d'une façon particulière, ils sont nommés à temps, ne sont soumis à aucune condition particulière d'aptitude ou d'études.

Deux principes paraissent avoir présidé à la réorganisation judiciaire en Espagne : ils sont également appliqués aux magistrats assis et aux membres du ministère public, ce sont :

1° Le recrutement au concours, qui ne permet point au gouvernement de disposer des fonctions de judicature à son gré et dans l'intérêt exclusif de ses créatures;

2° L'avancement à l'ancienneté qui assure à tous les magistrats, sinon un brillant avenir du moins la récompense légitime de longs et loyaux services.

Si exception est portée au premier de ces principes, c'est uniquement dans les degrés supérieurs de la hiérarchie et de telle façon que les droits acquis par les magistrats des degrés inférieurs soient rigoureusement sauvegardés et que l'action gouvernementale ne puisse s'exercer qu'en faveur d'un petit nombre de sujets distingués.

Il n'est porté atteinte au second que dans certains cas déterminés et conformément à certaines dispositions précises

Digitized by Google

de la loi, que nous nous proposons d'étudier dans un article ultérieur.

§ I.

En thèse, nul ne peut être nommé juge d'instruction, c'est-à-dire appelé aux fonctions les moins élevées de l'ordre judiciaire, qui n'a point été aspirant à la judicature. Nul n'est nommé *fiscal*, c'est-à-dire magistrat du parquet, s'il n'a été aspirant au ministère public. Et nul n'est nommé aspirant à la judicature ou au ministère public qu'à la suite d'un concours.

L'organisation des « collegios de aspirantes à la judicature ou au ministère fiscal » mérite une attention toute spéciale. C'est évidemment, dans l'esprit du législateur de 1870, le pivot de la nouvelle organisation judiciaire.

Il faudrait bien se garder de confondre les aspirants avec nos attachés aux parquets. Rien n'est plus différent d'un attaché qu'un aspirant. Nos lecteurs vont en juger.

Le nombre total des aspirants est fixé par le ministre de la justice; il est, autant que possible, égal au double du chiffre moyen des vacances qui se produisent annuellement au dernier degré de la hiérarchie judiciaire [1]. Il est chaque année et par voie de concours pourvu au remplacement des aspirants promus dans la magistrature pendant les douze derniers mois écoulés ou qui doivent être promus avant le 1er janvier suivant.

Nul n'est admis au concours s'il n'est Espagnol, licencié en droit civil de l'une des Universités subventionnées par l'État, s'il n'a atteint l'âge de vingt-trois ans.

Les candidats adressent leurs pièces avec une requête d'admission au concours au président de l'audience dans le ressort de laquelle ils sont domiciliés. Il est procédé par ce magistrat à une enquête sur la conduite, la moralité, les aptitudes, les relations des candidats ; après cette enquête, il est délivré à ceux qui remplissent les conditions exigées par la loi un certificat d'admission au concours, qui est, avec le rapport du président, transmis au ministre de la justice.

Si le président de l'audience estime que l'un des postulants

[1] Juges municipaux toujours exceptés, bien entendu.

Digitized by Google

est indigne d'entrer dans la magistrature, il rend une ordonnance d'exclusion. Cette ordonnance est notifiée par l'intermédiaire du président du tribunal d'arrondissement à la partie intéressée, qui a cinq jours pour se pourvoir par-devant le ministre de la justice.

Le ministre n'est pas juge de l'admissibilité au concours. Son rôle est celui d'un simple agent de transmission. Il se borne à faire parvenir les dossiers des candidats admis par les présidents d'audiences, et ceux des postulants exclus par eux et qui se sont pourvus contre l'ordonnance d'exclusion, à une commission dite *Junta de examen y de calificacion.*

Cette commission est l'une des créations les plus intéressantes de la loi espagnole. Elle se compose de onze membres :

Le président du tribunal suprême, président, ou en cas d'empêchement un président de chambre du même tribunal désigné par le pouvoir exécutif ;

Le chef du ministère public (fiscal) du tribunal suprême : en cas d'empêchement son substitut, ou à défaut de celui-ci l'un des avocats généraux choisis par le gouvernement;

Deux membres du tribunal suprême ou de l'audience (Cour d'appel) de Madrid, à la désignation du gouvernement ;

Le bâtonnier (decano) de l'ordre des avocats de Madrid, ou, en cas d'empêchement, un membre du conseil dudit ordre choisi par ce conseil;

Trois avocats choisis par le gouvernement sur une liste de neuf candidats présentés par le conseil de leur ordre et compris parmi ceux qui payent l'une des trois premières cotes de patentes ;

Deux professeurs titulaires de droit à l'Université centrale de Madrid, au choix du gouvernement;

Un secrétaire avec voix délibérative nommé par le gouvernement sur une liste de trois candidats proposés par la commission [1].

[1] Les commissaires appartenant au tribunal suprême ou à l'audience de Madrid ne perçoivent, à raison des services qu'ils rendent comme membres de la Junte, aucun supplément de traitement : les commissaires appartenant au barreau ou à l'enseignement reçoivent une indemnité ou gratification de 20 pesetas, environ 21 francs par séance.

Digitized by Google

Cette commission est appelée, non-seulement à statuer sur l'admission des candidats dans le corps des aspirants, mais exerce à leur égard, après leur admission et tant qu'ils ne sont pas nommés juges d'instruction, un véritable pouvoir disciplinaire. Si l'on remarque que quatre de ses membres sur onze appartiennent au barreau, et deux à l'enseignement, que d'autre part les magistrats qui la complètent sont choisis dans un corps où l'avancement à l'ancienneté occupe une très-grande place, on reconnaîtra qu'elle donne aux candidats toutes les garanties possibles d'impartialité, en même temps qu'au pays toutes les garanties d'indépendance et d'aptitude nécessaires. La présence dans la commission d'hommes voués à l'étude théorique ou à l'application pratique du droit empêche l'esprit de corps et les influences de famille de prendre trop d'importance dans le choix des aspirants.

La Junta de examen y de calificacion, connaissance prise des dossiers à elle transmis par le ministre de la justice, statue en dernier ressort sur l'admission au concours ou l'exclusion des candidats.

Un règlement d'administration publique détermine dans les plus petits détails le mode de convocation des candidats admis à concourir, l'ordre dans lequel ils doivent subir les épreuves, la nature de ces épreuves, les coefficients attribués à chacune d'elle, les formalités à remplir par les membres de la commission lorsqu'ils vont aux opinions et lorsqu'ils dressent la liste de classement. Nous croyons inutile d'insister sur ces minuties qui témoignent, du reste, de la part de ceux qui les ont édictées, d'un désir très-vif d'assurer au mérite seul, dans le recrutement des aspirants à la magistrature, une place qu'ailleurs occupent souvent la faveur ou les considérations politiques. Nous nous bornerons à indiquer rapidement les épreuves auxquelles sont soumis les candidats.

Ils doivent répondre par écrit, et sans l'aide d'aucun livre, à onze questions tirées au sort et se subdivisant ainsi : deux de droit civil, deux de droit commercial, autant de droit pénal, deux de procédure et d'organisation judiciaire, une de droit administratif, une de droit politique et une dernière de droit canon.

Ils doivent ensuite exposer oralement un point de droit

Digitized by Google

civil, commercial, pénal ou de procédure. Trois heures leur sont accordées pour se préparer à cette épreuve ; il leur est interdit de communiquer pendant ce temps avec qui que ce soit : mais ils peuvent demander les livres de droit qui leur paraissent nécessaires. L'exposé est fait publiquement ; le candidat peut se servir de ses notes, mais il ne lui est pas permis de lire un mémoire écrit [1].

Enfin les concurrents doivent procéder à la rédaction d'un jugement. Il leur est, à cet effet, remis extraits de dossiers choisis parmi ceux des affaires soumises à l'audience (Cour) de Madrid ou au tribunal suprême. Le candidat doit libeller la sentence sans autre aide que celui des textes légaux qu'il est autorisé à consulter.

La commission dresse la liste par ordre de mérite des candidats déclarés, à la majorité des deux cinquièmes des votants, aptes à remplir les fonctions judiciaires : elle transmet cette liste avec les dossiers de chacun des concurrents au ministre de la justice, qui les fait passer à la section de justice du Conseil d'État. La section vérifie si toutes les prescriptions légales ont été remplies. Cette dernière formalité accomplie, le ministre de la justice nomme dans le corps des aspirants les candidats reconnus capables par la commission, en suivant rigoureusement l'ordre des numéros de classement et jusqu'à concurrence du nombre des vacances [2].

Les nominations sont insérées dans la *Gazette de Madrid*. Les élus reçoivent une commission sur laquelle est indiqué le numéro d'ordre qui leur a été attribué sur la liste d'admission. Ils font dorénavant partie du corps des aspirants et sont portés sur le tableau général de ce corps au rang que le concours leur a donné.

Le corps des aspirants se subdivise en autant de colléges

[1] Pour cette seconde épreuve, trois candidats sont réunis : l'un fait l'exposé, les deux autres le complétent, ou le critiquent ; cette épreuve parait avoir, avec « l'argumentation » des concours pour l'agrégation des Facultés de droit, le plus grand rapport.

[2] Dans le cas où le nombre des places à remplir pendant l'année est inférieur à celui des candidats admis par la commission, les admis en excédant n'ont aucun droit de préférence aux vacances de l'année suivante. Ils doivent se soumettre à un nouveau concours.

Digitized by Google

qu'il y a d'audiences; l'aspirant avisé de sa nomination adresse au ministre une pétition dans laquelle il indique le ressort auquel il désire être attaché. S'il acquiert, dès le jour où il est nommé, le droit d'être appelé, sauf le cas de peine disciplinaire encourue, aux fonctions judiciaires, il n'est cependant pas encore magistrat [1] dans le sens absolu du mot, il peut donc, à la différence de ce qui est édicté pour le juge proprement dit, s'établir au lieu même de son domicile. Il doit, dans le délai d'un mois, à compter de la décision du ministre, se mettre à la disposition du président du tribunal de l'arrondissement où il est autorisé à se fixer, et se faire inscrire sur un registre spécial tenu à cet effet dans chaque tribunal. Il doit assister assidûment aux audiences publiques ou aux assemblées secrètes du tribunal auquel il est attaché. Son assiduité est constatée par sa signature sur un livret spécial. Il prend séance au banc des avocats dont il porte le costume. Le temps qui s'écoule entre le moment où les aspirants entrent dans les collegios de aspirantes et celui où ils sont nommés dans la magistrature proprement dite devant être employé par eux à acquérir les connaissances pratiques nécessaires à l'exercice éclairé des fonctions de judicature, les aspirants même âgés de moins de vingt-cinq ans, sont appelés par les présidents d'audience à remplir, intérimairement, les fonctions de juge municipal, à suppléer les juges d'instruction, et, quand ils ont un an d'exercice, à suppléer les juges des tribunaux d'arrondissement de ressort; ou, chargés par le chef du parquet, sur la désignation du président, et en cas d'insuffisance d'aspirants au ministerio fiscal, à suppléer les magistrats de ministère public. Ils sont autorisés à consacrer à l'exercice de la profession d'avocat les loisirs que leur laissent leurs fonctions judiciaires, mais il leur est absolument interdit de remplir aucune charge publique, d'administration générale, provinciale ou communale quelconque, à peine d'être considérés comme démissionnaires. Ils ne peuvent s'absenter sans congé.

[1] Nous employons le mot *magistrat* dans le sens français du mot. En Espagne, la qualification de *magistrat* (magistrado) s'applique exclusivement aux membres des Cours (audiencias), celle des juges (juez) à ceux des tribunaux inférieurs, celle de ministre aux membres (ministro) de la Cour suprême.

Digitized by Google

Ce congé leur est délivré, selon les cas, par le président du tribunal, le président de l'audience (premier président de la Cour) ou le ministre de la justice.

Ils sont soumis à la surveillance du président et du chef de parquet du tribunal près lequel ils sont inscrits. Ces magistrats tiennent note, sur un registre spécial, des fautes dont les aspirants peuvent se rendre coupables, et transmettent au président de l'audience des notes sur leur conduite, leur zèle, leur intelligence, et spécialement sur la manière dont ils remplissent les fonctions qui leur sont confiées. Le président de l'audience fait passer ces notes au ministre de la justice en y joignant les siennes.

Lorsque l'aspirant a démérité, qu'il s'est rendu coupable de quelque faute grave, la commission de calificacion est saisie par le ministre de la justice; elle provoque, quand elle le juge à propos, les explications de l'inculpé, et propose au gouvernement, s'il y a lieu, de prononcer la peine de la prorogation pendant trois mois [1] ou l'exclusion définitive. Cette dernière pénalité est encourue par l'aspirant qui a subi deux prorogations. La décision prise par le gouvernement en conformité de la proposition de la commission de calificacion n'est susceptible d'aucun recours.

Sauf le cas précité de prorogation ou d'exclusion, le rang qui a été attribué à l'aspirant après le concours d'admission lui est acquis et doit être respecté. Tous les ans, la *Gazette officielle* publie la liste générale, et par ordre d'ancienneté, des aspirants à la judicature. Les remaniements qui ont été faits à cette liste depuis l'année précédente sont communiqués à ceux qui y sont intéressés. L'aspirant qui estime que son droit a été méconnu, qu'il n'occupe pas sur le tableau la place que les lois et règlements lui attribuaient, peut déférer au tribunal suprême le passe-droit dont il se prétend victime.

Le rang occupé sur la liste générale par l'aspirant sert à fixer son tour de nomination. Le gouvernement ne peut, quand ce tour est arrivé, refuser à l'aspirant un siége de juge d'instruction.

[1] On appelle proroger un aspirant, retarder d'un délai de... la date de son admission dans la magistrature proprement dite.

Digitized by Google

Cependant, si désireux que se soit montré le législateur espagnol de chasser la faveur du recrutement de la magistrature, il a compris qu'il fallait faire la part des mérites, des aptitudes professionnelles, que les résultats d'un premier concours ne pouvaient fixer définitivement l'avenir. Il a donc, à côté de l'ancienneté, fait la place du choix. Sur cinq places de juges d'instruction vacantes, les deux premières sont attribuées aux deux aspirants les plus anciens du corps, la troisième et la quatrième à ceux que le gouvernement juge les plus dignes parmi les aspirants inscrits dans le premier tour du tableau général ; la cinquième peut être, au choix du gouvernement, donnée à tout aspirant ayant plus d'un an d'inscription, sans distinction de rang, et à l'exception seulement des aspirants prorogés qui ne peuvent pas plus être nommés au choix qu'à l'ancienneté.

Telle est, en résumé, l'organisation du corps des aspirants à la judicature, le rôle, les obligations et le devoir de ceux-ci.

Le corps des aspirants au ministère public est organisé de la même façon. Comme celui des aspirants à la judicature, il est recruté au concours. Quelques modifications seulement sont apportées à la composition de la commission d'examen et « calificacion. » La présidence appartient, non plus au président, mais au procureur général du tribunal suprême, suppléé en cas d'empêchement par le fiscal de l'audience de Madrid ou un autre haut magistrat du parquet. Les épreuves auxquelles sont soumis les aspirants au ministere public diffèrent quelque peu de celles auxquelles sont soumis les aspirants à la judicature. Ainsi le deuxième exercice consiste dans l'exposition d'un point de droit pénal ou d'instruction criminelle. Pour troisième épreuve le candidat doit, au lieu de rédiger un jugement, donner des conclusions ou délivrer un réquisitoire sur un dossier qui lui est remis par la commission d'examen.

Les devoirs et obligations des aspirants au ministerio fiscal sont les mêmes que ceux des aspirants à la judicature ; ils sont plus spécialement soumis toutefois au contrôle des chefs de parquet qui remplissent à leur égard le même rôle que les présidents par rapport aux aspirants à la judicature. Ils doivent être, de préférence à ceux-ci, appelés à faire fonctions de substituts des fiscales d'arrondissement, ou d'avocats fis-

Digitized by Google

caux d'audience. Ils ne doivent remplir le rôle de juges municipaux, de suppléants de juges d'instruction ou de tribunaux d'arrondissement qu'à défaut d'aspirants à la judicature.

Toutes les places de magistrats du parquet près les tribunaux de début sont réservées aux aspirants au ministerio fiscal. Ils sont nommés à ces fonctions dans les mêmes conditions et suivant les mêmes règles que les aspirants à la judicature à celles de juges d'instruction.

§ II.

Dans l'esprit du législateur espagnol, le corps des aspirants nommés au conçours sert de base au recrutement de la magistrature. Les aspirants doivent fournir aux tribunaux de la péninsule une pépinière d'hommes distingués ayant fait d'abord, par les épreuves sérieuses d'un concours public, ensuite par un stage relativement assez long auprès des tribunaux des différents ordres, preuve de connaissances théoriques et pratiques. Mais les cortès ont reconnu aussi qu'il pouvait être intéressant pour la bonne administration de la justice de faire entrer dans les rangs des corps judiciaires des éléments empruntés au barreau ou à l'école ; de faire siéger à côté des juges vieillis dans l'exercice des fonctions de judicature des hommes qui apporteraient aux tribunaux leurs aptitudes spéciales et l'expérience des affaires acquises dans la pratique de chaque jour. La loi du 15 septembre 1870, après avoir édicté que les juges d'instruction seront exclusivement recrutés parmi les aspirants ; les juges des tribunaux de début parmi les juges d'instruction ; les présidents des tribunaux de début et les juges des tribunaux d'avancement parmi les juges des tribunaux de début ; les présidents des tribunaux d'avancement parmi les juges de tribunaux d'avancement et les présidents des tribunaux de début, dispose qu'une place sur quatre vacantes dans les audiences (Cours d'appel) de provinces pourra être donnée à un avocat ou à un professeur titulaire de droit dans l'une des Universités de l'État. L'avocat choisi ne doit pas seulement avoir exercé, dans le sens de notre loi française (qui, pour l'entrée dans la magistrature, exige un simple stage de deux ans au

Digitized by Google

barreau sans que rien justifie que le candidat ait sérieusement, effectivement et utilement exercé la profession d'avocat); il doit avoir plaidé, au contraire, pendant dix ans dans un chef-lieu d'audience (Cour d'appel) en payant la première cote de contribution ou, s'il est inscrit à Madrid, l'une des premières cotes. Il ne doit avoir été frappé d'aucune peine disciplinaire de nature à porter atteinte à sa considération personnelle ou professionnellé. Le professeur doit avoir occupé sa chaire en qualité de titulaire pendant six années.

Un siége sur quatre vacants a l'audience de Madrid peut être conféré à un avocat ayant exercé son ministère dans un chef-lieu de cour pendant quinze ans et payé pendant cinq ans au moins la première cote de contribution, ou s'il est du collége des avocats de Madrid, l'une des premières cotes. Le gouvernement peut également appeler à une présidence de chambre, l'avocat qui remplit les conditions sus-indiquées.

Une place au tribunal suprême sur quatre vacantes peut également être conférée à un avocat ayant exercé vingt ans devant une Cour d'appel de province ou quinze ans à Madrid et ayant payé pendant les huit dernières années la première cote de contribution.

Enfin peuvent être nommés présidents de chambres à la Cour suprême les anciens ministres de la justice, sans condition, et les anciens ministres des autres départements qui ont exercé pendant quinze ans à Madrid la profession d'avocat.

La charge de premier président du tribunal suprême peut être donnée à un avocat ayant exercé pendant dix ans au moins et ayant rempli les fonctions de président du Conseil des ministres ou de ministre de la justice, de président du Sénat ou de la Chambre des députés, du Conseil d'État, ou de président de la section de grâce et justice de ce Conseil.

Les fonctions du ministère public sont, comme celles de la magistrature assise, réservées exclusivement, pour les premiers grades, aux anciens aspirants; c'est seulement aux parquets des audiences (cour) que peuvent être appelés des avocats ou professeurs n'ayant pas parcouru les postes inférieurs du parquet, et encore trois vacances sur quatre doivent-elles être nécessairement données aux fiscales du grade immédiatement inférieur. L'avocat appelé au poste d'avocat fiscal à

Digitized by Google

une audience de province doit avoir exercé pendant douze ans devant un tribunal d'arrondissement, dix ans devant une Cour et huit ans à Madrid et occupé une place considérable au barreau, ou bien exercé douze ans devant une Cour ou dix ans à Madrid, s'il est appelé au poste de substitut du fiscal [1] dans une Cour de province, ou d'avocat fiscal à la Cour de Madrid. Une place sur trois d'avocat fiscal au tribunal supérieur, de substitut à la Cour de Madrid, ou de fiscal (procureur général) peut-être donnée à un avocat ayant également rempli ses fonctions pendant de longues années et avec succès et éclat.

C'est donc seulement dans les rangs les plus élevés de la hiérarchie judiciaire, à titre exceptionnel, et sous des conditions qui garantissent le savoir et les mérites des élus que les professeurs de droit, les avocats, les hommes politiques peuvent être appelés à prendre place dans la magistrature.

Le choix du gouvernement, limité d'abord [2] par les droits que la loi confère aux magistrats les plus anciens de chaque grade, par l'obligation où il est de réserver trois places vacantes sur quatre aux magistrats du degré immédiatement inférieur, l'est encore par les conditions d'aptitude, de position, d'importance imposées par le législateur à ceux qui peuvent solliciter l'entrée dans la magistrature sans se soumettre à l'obligation de subir un concours et de suivre un à un les échelons de la hiérarchie judiciaire

Quels seront les résultats d'un semblable mode de recrutement? L'avenir seul peut le dire. Il n'est pas d'institution si bien réglée de principe, si juste, qui ne puisse être faussée dans son application. Si petite que soit la porte qui lui reste ouverte, l'abus sait s'y glisser. Ce qu'il faut constater en tous cas c'est que la loi espagnole sur l'organisation judiciaire a essayé de restreindre jusqu'à sa dernière limite l'arbitraire du gouvernement en ce qui touche l'admission aux fonctions judiciaires, et d'assurer du même coup l'indépendance des magistrats.

[1] En Espagne, à la différence de ce qui se passe en France, le substitut (*teniente*) est le supérieur de l'abogado fiscal ou avocat général.

[2] Un seul poste est à la libre disposition du gouvernement, celui de fiscal, procureur général) au tribunal suprême.

Digitized by Google

Un ensemble de dispositions inspirées par les mêmes idées règle l'avancement des juges et fiscaux des différents ordres. Nous nous proposons de résumer ces dispositions dans un prochain article. GABRIEL DEBACQ.

LA PAROLE ET LA FORME DANS L'ANCIENNE PROCÉDURE FRANÇAISE.

Par Henri BRUNNER,
professeur de droit à l'Université de Lemberg.

Reproduit en français par M. HECQUET DE ROQUEMONT, docteur en droit, président de chambre à la Cour d'appel d'Amiens.

(*Suite* [1].)

IV. LES DANGERS DE LA PROCÉDURE EN GÉNÉRAL ET LE PRENDRE A POINT.

Les trois principes exposés ci-dessus, savoir, l'interprétation littérale, la règle *fautes valent exploits* et l'immutabilité de la parole, s'unissaient pour enserrer les parties en cause dans les plus pénibles étreintes. Un mot irréfléchi pouvait entraîner une déchéance. La plus légère méprise suffisait pour que le droit le mieux fondé fût sacrifié à la forme : « *Souvent pert-en son plait à parler nicement.* » Ce mot, qu'un poëte du XIVe siècle met occasionnellement dans la bouche de son héros [2], ne trouvait que trop souvent sa réalisation dans la pratique du droit. Malheur à celui qui, sans une connaissance exacte de la procédure, en toute simplicité et avec la seule conscience de son droit, se trouvait devant la justice vis-à-vis d'un praticien exercé. On lui retournait, sans qu'il s'en doutât, la parole dans la bouche. Trompé par des feintes, il tombait sans défiance dans les lacs de l'adversaire ou donnait contre un des obstacles dont la route était hérissée. C'était un art d'être un *bon plaideor*. L'empire sur soi-même et la pré-

[1] V. *Revue critique*, t. I, p. 22 (livraison de décembre 1871.)

[2] *Chronique de Bertrand du Guesclin*, par Cuvelier, trouvère du XIVe siècle, t. II, 259, v. 20914, dans la collection de documents inédits.

Digitized by Google

sence d'esprit, l'expérience de la procédure et l'habitude du langage étaient considérés comme ses qualités essentielles. Les sources redisent aussi sur tous les tons combien il est nécessaire de conserver devant la justice son calme et son sang-froid, d'éviter la colère et l'emportement, lesquels obscurcissent le coup d'œil, émoussent le sens et l'intelligence. *Qu'il se garde*, dit Jean d'Ibelin au *plaideor*, *de soi trop courroucier ne airier ne esmoveir en plaideant, que* (*parce que*) *ces choses font tost tressaillir home en desraison et li tolent senz et connoissance* [1]. Et selon Beaumanoir, il entre dans le métier de l'avocat *qu'il sace souffrir et escouter sans courous, car li hons courouchiés pert legerement son propos* [2]. C'est chose permise et même, en certains cas, commandée, de pousser intentionnellement l'adversaire à l'extrême, afin qu'il se découvre ou ne s'aperçoive pas d'une attaque préconçue.

Philippe de Navarre, l'un des juristes orientaux auxquels est due la rédaction des assises de Jérusalem, dépeint sous les couleurs suivantes les dangers de la procédure : Celui qui lutte en justice pour sa vie ou pour un héritage porte sa tête dans son giron et son héritage sur la paume de la main. Parfois, en effet, on est mal conseillé, on présente mal sa demande ou sa réponse, l'affaire n'est pas comprise ou connue, bien des circonstances enfin amènent la perte du procès. La chose est aussi facile que de laisser échapper ou répandre ce qu'on a dans le giron ou sur la main (*et coment que ce soit, de legier peut cheir ce que est ou geron et ce de la paume espandre*) [3].

Un passage de P. de Fontaines laisse entrevoir que les dangers accumulés autour des parties par l'ancien droit étaient envisagés du même œil que les ordalies. Dans le droit du Vermandois, la partie citée en justice peut, pour cause de nécessité (essoine), demander un délai, *contremander son jour*, à la charge toutefois d'affirmer par serment la nécessité qu'elle invoque. Serment inattaquable, dont on ne doit compte qu'à

[1] Jean d'Ibelin, ch. 26.
[2] Beaumanoir, V. 10.
[3] Phil. de Nav., ch. 17. — Beugnot, *Assises de Jérusalem*, I, 492, reproduit presque textuellement dans l'abrégé du *Livre des assises des bourgeois*, IIe partie, ch. 30. (Beugnot, *Assises*, II, p. 343 *in fine*.)

Digitized by Google

Dieu et à sa conscience. Mais malheur à qui le prête faussement! Il perd, quelle que soit la bonté de sa cause, tout droit à l'assistance de Dieu dans le débat. Aussi voit-on beaucoup de gens perdre leur procès par méparler ou tout autre écart de procédure, *et l'en voit-on molt sovent perdre ou par mesparler ou par autres errementz*[1]. Tout en reconnaissant que les écueils de la procédure peuvent entraîner la perte d'une bonne cause, l'auteur les pallie ainsi par la pensée que cette mauvaise fortune est particulièrement réservée à ceux qui ont gâté leur cause vis-à-vis de Dieu par un faux serment d'essoine[2].

Une faute, une erreur vient-elle à être commise, c'est à celui qui veut en tirer avantage à prendre la partie sur le fait : *prendre à point, à la parole*[3], *reprendre*[4], *acoisonner*[5], *occasionare*[6]. Tel était le droit du juge lorsque le vice de forme était passible d'une amende. Le bailli, le prévôt ou tout autre officier du seigneur justicier, si ce n'était lui-même, requérait des échevins la condamnation à l'amende encourue[7]. Cette branche de revenus avait son importance : témoin les anciens comptes du trésor de Normandie. Dans les rôles de l'Échiquier, il n'est pas rare de voir figurer parmi les articles

[1] De Fontaines, V, § 7.— Marnier définit à tort le *mesparler*, p. 39, note *b* : *Male parabolari, parler mal, mentir pour tromper*. Le ch. XI, § 8, auquel il renvoie « Li mesparlers de l'emparlier, » en fournit la preuve la plus convaincante.

[2] L'Église avait interdit les ordalies en 1215. A l'exception du combat judiciaire, elles ont disparu assez promptement de la procédure française. Mais l'idée d'une intervention indirecte de la Divinité dans les diverses phases du procès est demeurée. La torture introduite dans la procédure ultérieure n'a pas laissé d'être considérée comme une ordalie. « Et s'il se peut « passer sans faire confession en la gehenne... il se sauveroit et il appares- « troit bien, que Dieu montreroit miracles pour luy. » (*Très-ancienne coutume de Bretagne*, ch. 191.)

[3] V. Jean d'Ibelin, *passim*.

[4] V. notamment les *Raisons et articles* de Saint Dizier, et Roisin.

[5] Beaumanoir, LXIV, 11 *in fine*.—Laurière, *Glossaire du droit français*, 7.

[6] Ce mot se trouve souvent dans les sources du droit anglo-normand. *Stat. of Marlebridge*, c. 11, Fleta (éd. Selden), 147. — Comp. Reeves, *History of the English Law*, II, 70.

[7] Roisin, 33, n° 10 : ...En kiece en LX sous, s'il y va sans congiet de Signeur se sires l'en reprent et qu'il soit tournet en jugement sour eschevins. — Comp. *l. c.*, n° 5.

Digitized by Google

de recette[1] 20 *sol. pro mesdito*, 20 *sol. pro stulta clamatione*, 20 *sol. pro stulto responso*, 20 *sol. quia contradixit curiam*, 40 *sol. pro stultiloquio*, 10 *sol. pro stulta loquela*, 20 *sol. pro defectu legis*[2]. Si c'est l'adversaire qui veut prendre avantage, il interpelle les échevins : Voz avés oy que tel a dit tel chose[3]..., et les met en demeure de statuer.

L'article 35 des anciennes constitutions du Châtelet lui dicte cette formule : *Je suis prest d'oïr droit sus ces paroles ci distes et qu'il a avoé aujord'hui, je ne vueil desormais qu'il y puist riens ci adjouster et en suis prest d'oïr droit sus les paroles ci-distes et avoées aujourdui.* Le litige, en de telles conditions, était une guerre de mots où chaque partie, en vertu du principe de l'immutabilité de ce qui avait été dit en justice, cherchait à prendre son adversaire à la parole. De là vraisemblablement les dictons :

On prend les bêtes par les cornes et les hommes par la parole.
On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles.
Comme les bœufs par les cornes on lie,
Aussi les gens par leurs mots font folie[4].

Les sources du droit français n'offrent pas, pour désigner

[1] Comp. Delisle, *Des revenus publics en Normandie au XII*e *siècle; Bibliothèque de l'École des chartes*, série III, vol. III, p. 105 et suiv., et *Great Roll of the pipe*, I, ric. I, 71.

[2] Ici, et dans les cas semblables, le mot *lex* s'entend du serment. Comp. Somma II, cap. 62. — Beaumanoir emploie dans le même sens le mot *loy*, XXX, § 86.

[3] Et die quoi et que tel a otrée ce que il a dit por lui et les nome. Les mots *otreer*, dans ce passage, et *avouer*, dans celui qui suit, trouveront plus loin leur explication.

[4] Loysel, *Inst. cout.*, I, 359, ajoute : « Et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain. » Les éditeurs donnent à cette occasion la priorité aux vers latins rapportés par la glose et les anciens commentateurs du droit romain :

Verba ligant homines, taurorum cornua funes.
Cornu bos capitur, voce ligatur homo.

C'est, selon nous, la proposition inverse qui est vraie. Le peuple crée lui-même ses dictons et ne les traduit pas du latin. La comparaison tirée du

Digitized by Google

les exigences et les effets du formalisme, une expression généralement adoptée, comme celle de Gefahr, *vare*, dans le droit allemand [1]. Les mots *soutillance de plait*, *cautelle* (dans le sens objectif) ont trait aux finesses de cette procédure et ne sont pas techniques. *Cavillationes* [2], *captiones* [3], *occasiones*, *achesons* [4] sont les cas et occasions d'application du forma-

bœuf qu'on saisit par les cornes est plutôt née dans son imagination que dans celle des lettrés.

Les Allemands disent : *Den Ochsen hält man bei den Hörnern, den Mann beim Wort, die Frau beim Rock.*

Man nimmt den Mann beim Wort und den Hund beim Schwanz.
Man fasst das Pferd beim Zaum, den Mann beim Worte.

Les Espagnols : *Al buey por el cuerno*
Y al hombre por el vierbo.

[1] Danger, *dangerium*, a bien une relation avec le droit strict. (Du Cange, II, 740 : Dangerium vocant nostri quidquid jurí stricto atque adeo confiscationi obnoxium est; indè *fiefs de danger*.) Pourtant on ne le voit pas figurer sous cette acception dans la procédure. Nous verrons plus tard le sens des mots *estre en danger, esse in misericordia*. Dangier signifie généralement difficulté, obstacle (Du Cange, gl, VII, 118. — Roquefort, I, 339. — Burguy, *Grammaire de la langue d'oil*, III, 181). Sans dangier : sans retard, volontiers. C'est en ce sens qu'il est employé dans *le Roman du Renart* (éd. Méon), v. 8320 : « Et si vos di toz sans dangier, et *passim*.

[2] *Anciennes coutumes de Ponthieu* (Marnier, *Anc. cout. de Picardie*, 125), rubrique du ch. XIII : « Seur le matère des cavillations dont on use communément en tous erremens selonc us et coutume. » Glanvilla, II, 12, § 3. — Cavillator dans Fleta (éd. Selden), 147.

[3] La loi par laquelle Frédéric II abolit les subtilités de procédure, que les Normands du royaume de Sicile y avaient importées et conservaient pour le jugement de leur différends, est ainsi conçue : « *Cavillationes* et *captiones* (le prendre à point) antiquas jure Francorum quinzanas et momenta temporum quæ inter Francos litigantes in judiciis hactenus servabantur necnon quasdam alias *subtiles observationes* tam in civilibus quam criminalibus causis submovemus. » *Constitutiones regni Sic.*, II, 17, dans Huillard-Bréholles, *Hist. dipl. Fréd. II*, t. IV, 89. — Conf. Siegel, *Gefahr*, 47.

[4] Marnier, *Établissements et coutumes... de l'échiquier de Normandie*, 48. Le texte latin est reproduit par Warnkönig dans l'appendice qui termine son second volume, p. 28. — Du Cange, gl. IV, 691; VII, 5, 6, sous le mot *achaison*, *achesonos* (chicaneur), etc... Un document important est celui de Baudouin de Flandre, en date de 1200, art. 16 : « In juramentis illis nullæ occasiones ammiscendæ sunt quæ gitta (?) dicuntur, » dans Martene, *Thesaurus Anecd.*, I, col. 768 et suiv. — Comp. le document de 1152 relatif aux immigrants hollandais, dans les monuments du droit de la Thuringe (éd. Homeyer), *Richtsteig Landr.*, 431, note *. *Acheson* est employé du reste dans plusieurs acceptions diverses.

Digitized by Google

lisme. Les ruses de la procédure sont désignées aussi sous le nom peu usité de *hoquet*, en latin *hoquetus*, que Du Cange définit imparfaitement : *Impedimentum quodvis, difficultas quæ moram affert in negotiis. Hocqueler* est faire de la chicane, et le chicaneur est nommé *hoquelator*, hocqueleur, hoketour[1]. Les franchises de Lille emploient dans le sens précis du mot allemand *vare* celui d'*entrepresure*, lorsqu'à propos d'une exemption spéciale du formalisme elles disent *parler, jurer sans entrepresure*[2]. Autrement ce mot signifie, comme celui de *mespresure*[3], l'infraction aux prescriptions du droit strict[4].

V. Applications diverses du principe de l'interprétation littérale.

Pour se faire une idée plus précise des principes précédemment exposés et en apprécier plus sûrement la portée et les conséquences, il peut être utile de faire une excursion du domaine de la théorie dans celui de la pratique.

Le principe de l'interprétation littérale suppose l'absence d'une corrélation parfaite entre ce qu'on a dit et ce qu'on a voulu dire. Il se produit sous deux aspects distincts, l'un positif, l'autre négatif. D'un côté, il admet ce qui a été dit, quand même on ne l'aurait pas voulu du tout ou seulement d'une

[1] Hoquelator et *captor gentium* ad *hoquetos*. Jehan du Puch dist que c'estoit la constume des sergens de tenser et *hocqueler* les bonnes gens. Pièces justificatives dans Du Cange, h. v., gl. III, 695[b].

Et demandent (les avocats) sur chacun *hocquet* droit, jugement, l'esgard, avis ou conseil de la Court, *Coutume, style et usage au temps des échiquiers de Normandie*, ch. 14, dans les *Mém. de la Soc.*, II[e] série, vol. 8.

Que nul... seit achesoné par *hoketours*. Stat. Rageman, *Statutes of the Realm*, I, 44.

[2] Roisin, *Franchises de Lille*, 29, n° 6, 35. V. ci-après le chapitre des Cautelles.

[3] Roisin, 31, n° 4.

[4] Je n'ai pas la prétention de donner une énumération complète des expressions relatives au même sujet. Le *Juramentum sine reprehensione* dans la *lex super placito de pecunia* pour la ville de Gand, en date de 1228 (Warnkönig, *Histoire du gouvernement et du droit de la Flandre*, II[a], document B, 34, n° 15), est un serment à l'encontre duquel n'a pas lieu le recours au formalisme, le reprendre (*reprehensio*) et non, comme l'avance de Daniels, *Système et histoire de la procédure civile française*, I, 28, note *b*, un serment contre lequel le combat judiciaire n'est pas admissible.

Digitized by Google

manière plus restreinte ; de l'autre, il dénie ce qu'on a pu vouloir, mais sans le dire expressément. La lettre seule décide, si certaine que puisse être pour les juges et pour l'adversaire lui-même la volonté de la partie[1].

En résumé, *on juge selonc ce qui est dit non pas selonc les ententions.* C'est la conclusion qui, dans Beaumanoir, termine l'exposé de l'espèce suivante : Pierre avait exercé le retrait sur un bien au nom de sa femme, laquelle était parente du vendeur, au troisième degré. Jehans prétend le retraire à son tour. « *Se voz provés*, lui répond Pierre, *que voz soiés du lignage, je voil bien que voz l'emportés* (*l'éritage*) *par le bourse.* Ce langage manquait de précision. Il fallait dire, pour rendre exactement la pensée : *se voz provés que voz soiés plus prochains que me femme...*

Jehans établit sa parenté au quatrième degré, preuve inopirante au regard du degré de parenté de la femme, mais suffisante, prétend-t-il, eu égard aux termes du défi porté par son adversaire. Et en effet, Pierre n'échappe à la réalisation du retrait qu'en invoquant le défaut d'assentiment de sa femme à l'abandon d'un droit qui lui était propre. Beaumanoir n'oublie pas d'ajouter que si Jehans l'exigeait, Pierre, devrait lui payer l'intérêt au retrait représenté par l'excédant de valeur réelle du bien sur le prix de vente. Comme on le voit dans cette espèce, le litige primitif s'efface devant la lettre d'une déclaration erronée de la partie, et si l'adversaire s'en prévaut, le jugement doit être rendu en conséquence[2].

En vertu du même principe, la demande primitive et toutes les réquisitions ou défenses adressées au juge dans le cours du procès devaient, pour être valables, désigner l'adversaire par son véritable nom. *De nom et de surnom*, au dire de Jean d'Ibelin, dans ses formules. Un tempérament fut toutefois apporté à la rigueur du droit strict. Il fut permis de conjurer les conséquences d'une erreur dans l'indication du nom de l'adversaire en y ajoutant une réserve[3].

[1] Ihering, *Esprit du droit romain*, II^b, 476.

[2] Beaumanoir, XLIV, 46, 47.

[3] Beaumanoir, LXIV, 4 et 5, met dans la bouche du prolocuteur, à l'occasion du combat judiciaire, la formule de présentation suivante : « Sire vesci Pierres qui se présente par devant vous... por tant comme il doit à

Digitized by Google

La substitution partielle de l'écriture à la parole dans les débats judiciaires, bien qu'elle fût le résultat d'une modification apportée aux bases fondamentales de la procédure, ne paraît pas avoir porté atteinte au principe de l'interprétation littérale. Lors du moins qu'on le voit appliqué à telle ou telle espèce dans la procédure nouvelle, n'est-il pas permis d'en inférer ce qu'il était dans la procédure purement orale et formaliste? Le chevalier Joffrois de Saint-Dizier revendiquait comme *mainmorte* le bien laissé par Thibaut contre un orphelin, Estienne fils de Jehan Croce, qui se prétendait héritier. Les deux parties remirent l'exposé écrit de leurs moyens de droit. *Si fut trouve és raisons des advouez qu'ils bailloient pour le dit Estienne un autre nom que le nom d'icely Estienne.* L'adversaire s'en prévalut et requit l'adjudication de sa demande : *pour la cause dou dit nom rechangié mis ès raisons contre li.* Les échevins de Saint-Dizier en référèrent à Ypres. La réponse est que le demandeur doit avoir gain de cause *pour ce que li advocas au dit Estienne defailli de son nom, lequel li dis messires Joffrois reprist.* L'espèce est remarquable. Le défendeur succombe parce que les écritures de son conseil présentent une erreur dans l'indication de son nom [1].

Les confusions et inexactitudes dans l'indication des noms (*misnomer*, *misprision de nouns*) sont l'objet de dispositions

le jornée d'ui contre Jehan de tel liu, *et s'il se fesoit autrement apeler, ne vaurroit pas por ce Pierres perdre.* » C'est à tort que Beugnot, dans le texte des articles 4 et 5, exclut de la formule la réserve qui la termine. De là peut-être la faute d'impression de l'article 4, où on lit : S'il *le* fesoit, au lieu de : s'il *se* fesoit... Suivant la coutume de Lille, le prolocuteur du demandeur peut ajouter à la désignation du défendeur : « Pour non et pour surnon nous ni vollons nient pierdre. » Roisin, *Franchises... de Lille*, éd. Brun-Lavainne, 22, n° 2; 23, n° 6. Ici encore l'éditeur mutile le texte en mettant entre parenthèses les mots (*pour non et pour surnon*) sans y comprendre ceux qui suivent. C'est seulement après le mot *pierdre* que devait être fermée la parenthèse.

En ce qui touche le droit allemand, voir Siegel, *Gefahr*, 42 et suiv. et note 143. La déchéance de son serment par suite d'une erreur dans la dénomination de l'adversaire, pouvait être évitée par l'addition de ces mots : Ou quel que puisse être son nom (*oder wie er immer heissen möge*).

[1] *Raisons et articles...* de Saint-Dizier, *Olim*, II, 729, art. 28. Dans la table des articles, le 28e a pour titre : « De escripre en ses raisons un autre nom que cely, qui est plaidiez. » *Olim*, II, 692.

Digitized by Google

précises dans les livres de droit anglo-normand du XIIIe siècle, Bracton, Fleta, Britton [1].

Si quelqu'un est actionné par la voie de l'appel, *apel* est l'action formelle à raison d'un fait de félonie [2], il peut faire tomber la demande, *abatre*, en excipant d'un vice de forme, notamment parce qu'il y serait inexactement dénommé, Robert au lieu de Wilhelm [3], Raynald au lieu de Rayner [4]. Le droit anglo-normand présente parallèlement à la procédure purement orale une procédure sur bref obtenu de la chancellerie royale à l'effet de participer au bénéfice d'un jury de preuve [5]. Comme l'appel, le bref formait la base rigoureuse de la procédure introduite par cette voie. De même qu'une erreur de parole faisait tomber l'appel, une faute d'écriture pouvait vicier le bref. D'après Bracton, un bref peut être attaqué *propter errorem nominis* (par exemple Wilhelm au lieu d'Henri) ou *in cognomine* (Hughbertus Roberti au lieu de Hughbertus Walteri), pour indication inexacte du domicile (Wilton au lieu de Londres), pour faute en une syllabe (Henri de Brocheton au lieu de Henri de Bracton), pour *error in litera* (Brachton au lieu de Bracton) [6]. Il en est de

[1] Les éditions de Bracton (*Bratton*, d'après Horwood, *Year Books*, 20 et 21, ed. I, pref. 15, n° 1) ont toutes la même pagination.

L'édition de Britton, à laquelle je renvoie pour conférer les passages parallèles de la Fleta et des Statuts, est celle de Nichols, Oxford, 1865 (2 volumes).

[2] Cette procédure a été importée de Normandie en Angleterre.

[3] « Item cadit appellum si erratum fuerit in nominibus appellatorum vel cognominibus ut si modo vocaverit unum Wilhelmum et postea eundem Robertum. Bracton, 141. — Cf. Blackstone, *Comm.*, III, 302; Ruttimann, *Proc. civ. angl.*, § 279.

[4] (Apel abatre) pora venir en moutz des cas sicum... en nomaunt un noun pur un autre. Britton, II, 103... Si il (le pleyntif) noume en sœn apel Reyner pur Reynold. Britton, I, 111.

[5] Ce bref donnait lieu à la preuve *per inquisitionem*. La Normandie l'a transmis à l'Angleterre. Le *Breve recognitionis* des Normands se rattache au *mandatum inquisitionis* de l'époque carlovingienne dont je me suis occupé dans un écrit antérieur : « La preuve testimoniale et inquisitoriale, » p. 115 et suiv. Voilà pourquoi le droit anglo-normand trouve place dans cette étude. La coexistence en Angleterre du formalisme et d'instituts dont le germe se trouve dans les lois de la monarchie franque permet de conclure du formalisme anglais à celui de l'ancien droit français.

[6] Bracton, 188^b, Britton, I, 317 : « Le bref est attaquable par mesprisioun de nouns nomables en bref, sicum Reynard pur Reyner, Amice pur Avice;

Digitized by Google

même en cas d'indication inexacte de l'objet du litige [1].

Les hommes qui ont pris part à la décision subissent eux-mêmes l'empire de l'interprétation littérale lorsqu'ils sont pris à partie pour faux jugement. La partie qui a faussé jugement et succombé doit payer une amende à chacun des hommes auxquels elle s'est attaquée. A-t-elle, au contraire, réussi dans sa preuve, c'est à chacun des hommes dont elle a faussé le jugement qu'incombe le payement de l'amende. Il importait donc dans la pratique de savoir quels étaient les hommes au regard desquels le jugement avait été faussé. D'après le droit du Vermandois, *l'en doit molt prendre garde quant en rent jugement, par quels paroles il est renduz.* Si les premières paroles du jugement étaient celles-ci : *Je vos di por droit...*, le faussement ne s'adressait qu'à ceux des hommes qui avaient expressément donné leur adhésion. Celui qui prononçait le jugement avait-il, au contraire, débuté par ces paroles : *Li home de ceienz* (*céans*) *dient por droit*, et les autres gardé le silence, *si sont-il tuit el fausement*, ce silence valait assentiment de la part de tous, même de ceux qui, dans la délibération, n'étaient pas de l'avis du jugement [2].

Le principe de l'interprétation littérale faisait même échec devant la haute cour de Jérusalem à cet autre que la Cour ne pouvait être faussée de jugement que dans son ensemble. Le jugement commence par cette formule : *Sire, vostre Cour a ce esgardé...* La partie à qui il fait grief peut alors adresser cette question : *Lequel de voz a ce fait?* Si l'un des hommes qui ont pris part à la décision répond, sans faire mention de la Cour : *Je l'ai fais*, la partie peut, en réplique, le fausser seul de ce jugement : *Je dis que ce que vos avez fait... vous l'avez fait faucement et desleaument...*, et à l'appui de cette assertion lui offrir le combat judiciaire, dans lequel il aura à défendre, non à la vérité le jugement lui-même, mais son impartialité

pur misprisioun de surnoun et aussi pur omissioun de sillabes ou des lettres des paroles... »

[1] Britton, II, 147.— Pas d'appel recevable pour meurtre d'un enfant avant qu'il soit sorti du sein de sa mère, car nul n'i est tenu à respoundre a apel de felonie, ou le playntif ne set nomer le noun a qi la felonie avera esté fete. Britton, I, 114. Est recevable au contraire en pareil cas l'action de la mère pour *violentia corpori* suo *illata*. Cf. Britton, *l. c.*, note *s.* Fleta, 53, 54.

[2] De Fontaines, XXII, 18.

Digitized by Google

personnelle. Pour parer à cette éventualité, les hommes de jugement doivent répondre à la question ci-dessus : *La Cort l'a fait*. La partie demande-t-elle à chacun d'eux nominativement: *Avez voz ce fait?* il lui est répondu : *La Court l'a fait et noz aveuc car noz i fumes. Et se vos volés rien dire çontre la Court, nos le orrons.* Si la partie persistait encore à fausser le jugement, c'est à la Cour tout entière qu'elle avait à faire, et la condition essentielle du succès de sa cause était de vaincre un même jour en combat singulier chacun de ceux qui avaient pris part au jugement [1].

L'interprétation littérale s'applique aux formules elles-mêmes, en tant, par exemple, que la partie s'oblige à plus que ne comporte leur texte traditionnel. Celui qui offre le combat judiciaire dit au sujet de ce qu'il avance : *Et se voz le volés neer, je suis prest de prover le vos de mon cors contre le vostre... et de rendre voz mort ou recreant en une orre de jor* [2]. En prononçant les mots qui terminent cette formule, il doit bien se garder de dire *et* au lieu de *ou;* car alors il ne suffirait pas d'amener l'adversaire à merci, il faudrait le tuer, condition pleine de périls pour celui qui aurait eu l'imprudence d'y subordonner sa preuve. *Si enim concludat per copulativam, ad utrumque se obligaret et ad vincendum et ad interficiendum unde ex multis posset periclitari* [3]. De son côté, le défendeur doit simplement répondre *qu'il s'en défendra comme bon et loyal gentilhomme qu'il est.* Qu'il se garde d'y ajouter les mots *eum reddam mortuum vel devictum.* Cette formule comporte, d'après le *Stilus Curiæ Parlamenti*, un engagement qu'il devrait remplir à la lettre, tandis qu'autrement il se pourrait qu'il eût congé de la demande sans coup férir, *sufficeret si ibi nihil faceret in campo ad lucrandam causam nisi adversarius eum incitaret* [4].

Devant la Haute Cour de Jérusalem et de Chypre, l'emploi furtif d'une particule pour l'autre était, dans les procès pour homicide, un moyen détourné à l'aide duquel le demandeur pouvait éluder les difficultés de la preuve. Ce procédé *moult*

[1] Jean d'Ibelin, ch. 110.
[2] Jean d'Ibelin, ch. 110.
[3] *Stilus Curiæ Parlamenti*, c. 16, § 8, *in C. Molinæi op.*, t. III, p. 1675.
[4] *Stilus, l. c.*, § 16.

Digitized by Google

soutil, de l'aveu de Jean d'Ibelin, est de sa part l'objet de développements nombreux [1], qui témoignent nettement de l'esprit de chicane de la procédure.

Dans les procès pour meurtre, le mode de preuve est le combat judiciaire dont le demandeur fait l'offre après ces premiers mots de la formule : « *Sire, tel se claime à vos de tel... qui a tel murtri et* [2] *doné le cop ou les cos de quei il l'a meurtri.* L'homicide, au contraire, se prouve à l'aide de deux témoins. La différence provient de ce que le meurtre étant l'homicide commis en secret [3], cette circonstance exclut la preuve testimoniale. La formule de l'action pour homicide était ainsi conçue : *Sire, tel se claime à vos de tel... qui a (à) tel doné le cop ou les cos, par quei il a mort receue; et se il le née, il est prest de prover li tot ensi come la court esgardera ou conoistra, que il prover le deie* [4]. Lorsque le demandeur produit ses témoins, le défendeur peut les fausser (*torner*), ce qui donne lieu à un combat judiciaire, ou bien, ce qui entraînerait encore plus de longueurs, récuser (*rebuter*) l'un d'eux, en lui imputant, avec offre de preuve testimoniale, un crime d'où résulterait pour lui l'incapacité de témoigner en justice. Dans ce procès incident où le témoin rebuté joue le rôle de défendeur, il peut à son tour torner ou rebuter les témoins produits contre lui, et ainsi de suite à l'infini. Indépendamment de la difficulté de trouver, en l'absence de tout moyen de contrainte, des témoins qui s'exposaient à se voir torner et rebuter, et qui, s'ils venaient à succomber, encouraient la peine capitale, il faut reconnaître que les lenteurs et éventualités de l'action d'homicide la plaçaient, au regard de l'action de meurtre, dans un état d'infériorité réelle. Il y avait dans cet état du droit un vice qui devait naturellement faire naître la pensée de l'éluder. De là, une feinte tendant à exercer l'action d'homicide sous la forme de l'action de meurtre. Le prolocuteur du demandeur for-

[1] Jean d'Ibelin, ch. 90 et suiv.

[2] L'adjonction des mots *et doné*, etc., était purement facultative. L'usage toutefois l'avait consacrée. De là, la possibilité de faire naître une confusion entre les deux actions. V. Jean d'Ibelin, ch. 91 *in fine*. (Beugnot, I, 149.)

[3] En agait a pensé... Beaumanoir, I, XXX, § 3. V. pour l'homicide, *ibid.*, § 6.

[4] Jean d'Ibelin, ch. 93.

Digitized by Google

mulait la demande en ces termes : *Sire tel se claime à vos de tel... qui a tel meurtri* et *doné le cop ou les cos, dont il a mort receue et se il le née il est prest de prover li de son cors contre le sien et de rendre le mort ou recreant.* Il ajoutait ainsi copulativement aux termes de l'action de meurtre ceux de l'action d'homicide, et offrait en preuve au défendeur le combat judiciaire conformément aux règles de l'action de meurtre. Fallait-il, à raison des dénégations du défendeur, en venir aux gages de bataille, le prolocuteur du demandeur substituait à la conjonctive *et* la disjonctive *ou*. Faute par lui de ce faire, les deux parties se trouvaient mises *en faux gages* et appelées à prêter, avant le combat, de faux serments, le demandeur en affirmant le meurtre avec l'homicide, le défendeur en niant l'homicide avec le meurtre. Si, au contraire, la substitution a pu être effectuée sans que le défendeur s'en aperçût, le demandeur est appelé à jurer que l'adversaire a commis un meurtre ou un homicide; il ne jure donc pas faussement, et il peut remettre avec confiance la vérité de son serment à l'ordalie du duel. Par là, le but qu'il se proposait était atteint, la preuve testimoniale était éludée, l'action d'homicide pouvait être exercée sous la forme de l'action de meurtre. Parvenait-il, en trompant toujours l'attention de l'adversaire, à surprendre le jugement qui ordonnait le duel, il pouvait, d'après l'idée dominante, s'attendre à ce que Dieu, pris à témoin par lui sous la forme alternative, se tiendrait à la lettre du serment[1] comme les juges étaient obligés de le faire dans leurs jugements.

Pourquoi, se demande Jean d'Ibelin, ne formule-t-on pas de suite la demande sous la forme alternative? Par quel motif le demandeur attend-t-il que le procès soit commencé pour employer la disjonctive au lieu de la conjonctive? C'est qu'au début du procès, l'adversaire, portant toute son attention sur ce qu'on lui demande, pourrait deviner la ruse. Plus tard, au contraire, en plet de gages, un changement de syllabe peut facilement lui échapper. Ne doit-il pas naturellement supposer que les termes de la demande et ceux de la déclaration qui s'y réfère sont restés les mêmes?

[1] Les exemples ne manquent pas. Il suffit de rappeler l'interprétation littérale qui sert de base au célèbre jugement de Dieu dans Tristan et Isolt.

Digitized by Google

Si, dans sa réponse, le défendeur se borne à nier le meurtre sans s'expliquer sur la partie finale : *et doné le cop ou les cos dont il a mort receue*, il est pris au mot par le demandeur et tenu pour convaincu de l'homicide parce qu'il n'a nié dans la demande que ce qui avait trait au meurtre [1].

Le défendeur suspecte-t-il l'intention du demandeur, il peut parer le coup en refusant *de se ensi à lui aerdre*, c'est-à-dire de s'accommoder d'une formule qui renferme deux actions distinctes. S'il est *bon ploideor*, il oppose la fausseté et la nullité d'une demande qui se contredit elle-même. Une seule et même personne ne peut être en effet victime d'un meurtre et d'un homicide; *murtre et homecide ne peuvent estre en un cors*. Le défendeur échappe ainsi aux étreintes du demandeur, lequel est frappé de déchéance [2]. *Puisque sa clamor est fauce par l'assise et l'usage dou dit reiaume, celui de qui il s'est clamés, deit estre quitte et delivre vers lui de cette quarelle.*

Le respect de la lettre explique aussi en partie les *fuites* à l'aide desquelles, d'après les *Assises de Jérusalem*, le défendeur cherche à éluder le conflit provoqué par les termes de la demande. Sous cette dénomination sont comprises tout à la fois les exceptions proprement dites et les finesses de la chicane tendant à retarder la solution du procès. L'une d'elles consiste à escamoter un jugement irrelevant en déplaçant avec adresse la question à résoudre. Après avoir, dans sa réponse, suivi servilement et pas à pas les termes de la demande, le défendeur évite, en fin de compte, de prendre le contre-pied des conclusions de son adversaire, *ne s'aerde pas à lui d'esgart;* il dit *au poser sur court autre chose que son aversaire aura dite* [3].

[1] Comp. le § 10 de la *Compilatio de usibus et constitutionibus Andegavie* (éd. par Marnier sous le titre : *Anciens usages d'Anjou*) : « Il est usaige que toutes les choses qui sont motées (montrées) en cort et demandées, et ne sont deffendues sont queneus, » et Coutumes de Ponthieu (Marnier, *Anc. cout. de Picardie*, 125) seur le matère dez *Cavillations* : Fais proposés se niés n'est de partie adverse, chil qui la proposé, le poet tenir pour approuvé...

[2] Pour conjurer ce résultat, le demandeur faisait présenter l'action sous la forme copulative par le prolocuteur. Si celui-ci s'apercevait que le défendeur ne tombait pas dans le piége, il faisait amender son dire par le client.

[3] Jean d'Ibelin, ch. 34. Cf. *Abrégé du livre des assises de la Cour des Bourg.*, p. I, ch. 10. Beugnot, t. II, 805 : « ...Et quant il ce vodra pozer sur l'esgart, que il ne ce preigne pas de droit à ce que le clamant a dit, mais que il ce costée et metre ce sur l'esgart. » Comp. Wilken, *Histoire des croisades*, I, 389.

Digitized by Google

Celui-ci s'aperçoit-il du faux-fuyant du défendeur, il demande *qu'il s'aerde à son esgart*[1]. La ruse, au contraire, échappe-t-elle à son attention, *si passera l'esgart uuit*[2], en d'autres termes le jugement à rendre ne peut servir au demandeur ni faire avancer le procès parce que les deux parties n'y ont pas conclu[3]. Jean d'Ibelin trouve que cette *fuite n'est pas belle*[4], et Philippe de Navarre dit qu'on n'y doit pas recourir *se grant besoing ne li feist faire*[5]. D'autre part il recommande au demandeur[6] de ne pas se mettre lui-même par inadvertance *en esgart qui puisse passer uuit*[7].

Le jugement ne pouvant jamais être rendu que sur la lettre des conclusions, le défendeur qui voulait traîner l'affaire en longueur épuisait les ressources de son imagination pour présenter successivement sur le même sujet de nouveaux points à résoudre. A cet effet, il concluait chaque fois *sauf son retenail*, c'est-à-dire sous la réserve de faire valoir ultérieurement un autre moyen; et ce moyen se bornait à une légère modification du texte. Si par exemple, à raison de la nature de l'affaire, le droit ne lui permettait pas de demander *jour de*

[1] Jean d'Ibelin, ch. 47.

[2] Vuyt, vide, vain, inutile. Dupin et Laboulaye, *Glossaire*, voir *vud.* — Philippe de Navarre, ch. 89. Beugnot, I, p. 562, et ci-après note 6.

[3] Qui se poze sur court en autre dit que en celui de son aversaire, l'esgard passe en vud; Clef, art. 26, et : La Court ne deit faire esgart, se l'un des carellanz ne s'aert à l'autre. (Jean d'Ibelin, ch. 47.)

[4] Jean d'Ibelin, ch. 34.

[5] Philippe de Navarre, ch. 89.

[6] Philippe de Navarre, ch. 4.

[7] Et non *nuit*, comme le porte le texte de Beugnot (Phil. de Nav., ch. 4 et 89). Dans la note *a* du ch. 4 de Philippe de Navarre, le comte Beugnot fait de vains efforts pour expliquer la version qu'il adopte. « Les mots « *qui puisse passer nuit* semblent indiquer, dit-il, que le demandeur doit « faire tous ses efforts pour empêcher que l'esgart ne soit remis du jour au « lendemain. » Beugnot ne se dissimule pas que cette interprétation est loin d'être satisfaisante. Pour calmer ses scrupules, il observe qu'après tout il ne s'agit dans ce passage que du conseil donné au demandeur de presser le jugement de sa requête! Consulter dans l'*Abrégé du livre des assises de la Cour des Bourg.*, *l. c.*, un passage qui dans sa partie finale, comme le dit Beugnot, II, 305, note *b*, est tiré presque textuellement du livre de Philippe de Navarre (I, ch. 3, 478, et ch. 4, 497). On y trouve dans leur acception exacte les mots *passer en vuyt*. V. aussi Clef, art. 26; Jean d'Ibelin, ch. 47, et le texte italien dans Canciani, *Barb. leges ant.*, V, 171; *Ass. regni Hierosol.*, c. 78.

Digitized by Google

conseil. il ne laissait pas d'y conclure en ces termes : *Je viaus aveir jor se la Court l'esgarde, por ce que je entens que l'on deit aveir jor à toz noviaux claims, se costume ne le tolt*. Déclaré non recevable, il revenait à la charge en substituant uniquement au mot *usage* celui de *costume* et plus tard au mot *costume* celui d'*assise*. Les exemples de ce genre abondent dans le chapitre 43 de Jean d'Ibelin. De son côté, le demandeur peut d'avance fermer la voie à son adversaire en réunissant dans une même formule, qui servira de texte au jugement, toutes les variantes que le sujet comporte[1].

Lorsqu'un délai est accordé ou, pour tout autre motif, un ajournement prononcé avant que le défendeur se soit expliqué, celui-ci peut, à la reprise d'instance, requérir que la demande soit formulée à nouveau. Un léger changement de mots l'autoriserait à réclamer un nouveau délai pour cause de *creissance* ou *changement dou claim*[2]. Peut-être, en reproduisant la demande, arrivera-t-il au demandeur de mesparler. Ce sera pour le défendeur une occasion de le prendre au mot[3].

Au point de vue négatif, l'interprétation littérale donne lieu à de nombreux retenails (*retenue*, *retenuta*). Ce qui ne va pas de soi, et rien ne va de soi dans cette procédure, doit faire l'objet d'une réserve expresse. L'omission de la réserve fait présumer une renonciation tacite, encore bien que, d'après les règles d'une saine interprétation, cette renonciation ne soit nullement dans la pensée de la partie. Les *gages de bataille* en fournissent un exemple remarquable. Les armes dont on devait faire usage étaient fixées avec une précision minutieuse. Il semble naturel de penser que celui qui accepte un combat entend combattre avec les armes et équipement propres à sa condition. Il n'en était pourtant pas ainsi dans l'ancienne procédure française. Les formules destinées à lier les parties l'une envers l'autre devaient contenir, si l'on ne voulait pas combattre sans armes, la réserve et description de l'armement[4]. D'après le *Stylus Parlamenti*, le

[1] Dans l'espèce ci-dessus, le demandeur peut dire que « il est uz ou costume ou assise ou reiaume de Jerusalem qui tolt le jor à tel claim. Jean d'Ibelin, ch. 44. Comp. le passage du style de Normandie, cité p. 19, note 1.

[2] Jean d'Ibelin, ch. 51. Cf. *Stilus Curiae Parlamenti*, c. 1.

[3] *Anciennes coustumes du Châtelet*, art. 35.

[4] Ordonnance de 1306, dans du Cange, gl., II, 956. — Cf. *Coustumes du Châtelet*, art. 58.

Digitized by Google

gentilhomme qui oublierait de faire réserve de l'armement propre à sa condition serait obligé de combattre à pied *et cum armis unius pugillis*. L'auteur du *Stylus* trouve cette disposition trop dure, il se prononce contre son application, et néanmoins il conseille, pour plus de sûreté, de ne pas omettre la clause [1]. Le *retenail d'avoué* a trait également au combat judiciaire. Dans certaines matières, ainsi que dans les cas de nécessité, on pouvait se faire représenter en champ clos par un *avoué*. Toutefois, la règle étant de combattre en personne, les parties ne pouvaient y échapper que par la réserve expresse de se substituer un champion [2]. A défaut de cette réserve, la partie qui avait *son essoine* n'en devait pas moins combattre en personne; elle était *segont les moz* dans l'impossibilité de se faire représenter (*se changier*).

HECQUET DE ROQUEMONT.

(*La suite à une autre livraison.*)

NÉCROLOGIE.

ÉDOUARD DELPECH,

Doyen de la Faculté de droit de Toulouse.

NOTICE

Par M. Gabriel DEMANTE,
Professeur à la Faculté de droit de Paris, ci-devant professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

M. Delpech, doyen honoraire de la Faculté de droit de Toulouse, est décédé à Villeneuve-Meauzac (Tarn-et-Garonne) le 30 avril 1870. Depuis longtemps, la *Revue* aurait rendu un hommage mérité à la longue et honorable carrière de ce savant jurisconsulte, si les douloureux événements de la der-

[1] « Et sunt qui dicunt haec esse de consuetudine Gallicana. Sed talis consuetudo est nimis aspera quia, licet nihil exprimeretur, tamen videtur se tacite obligare ad talia peragenda cum armis quæ ipsum decent secundum statum suum; sed tamen tutius quod nihil omittat. » *Stilus Curiæ Parlamenti*, XVI, § 10.

[2] « Item debet precavere ut faciat mentionem de advocato, quia si non faceret, per se ipsum oporteret quod duellaret. » *Stilus Curiæ Parlamenti*, XVI, § 9. — Comp. Beaumanoir, LXI, 3. — *Li livres de jostice et de plet*, § 1, XIX. 4, 9. — Glanvilla, § 5, II, 3.

Digitized by Google

nière année n'avaient apporté dans sa publication une interruption de force majeure.

« Alexandre-Édouard Delpech naquit le 15 janvier 1790, « à Sauveterre (Aveyron). Il perdit sa mère de très-bonne « heure et dans des circonstances touchantes : c'était au « temps les plus agités de la révolution, à l'époque où les « détenus pour cause politique ne sortaient guère de prison « que pour aller à l'échafaud. M. Delpech père fut arrêté ; dix « jours après il apprend que sa femme est tombée malade « et que son état inspire les plus graves inquiétudes. « Connu depuis longtemps du geôlier, il lui exprime le dé- « sir d'aller voir sa femme, lui donnant sa parole d'honneur « de se reconstituer prisonnier la nuit suivante. Le geôlier, « qui hasardait sa vie, s'il n'eût été sûr de la parole de son « prisonnier, n'hésite pas à le laisser sortir. M. Delpech peut « arriver auprès de sa femme au moment où elle allait ex- « pirer, et rentre à la prison la nuit suivante à l'heure dite. « L'entrevue déchirante fut le premier souvenir que garda « Édouard, qui n'avait encore que quatre ans [1]. »

Peu après, la terreur prenait fin et le courageux prisonnier, rendu à la liberté, reprenait seul le soin de l'éducation de ses cinq enfants. Le jeune Édouard fut placé par son père au lycée de Rodez, où il fit de brillantes études. Quand vint pour lui l'âge, si précoce alors, de la conscription, il comptait déjà deux frères sous les drapeaux, ses deux aînés. Il était le troisième de cette patriarcale famille. Un quatrième ne tarda pas à servir aussi. La famille avait largement payé son tribut. Edouard fut exempté du premier appel et des rappels de classes, si fréquents à cette époque. Il put ainsi céder à sa vocation prononcée pour les études libérales. Après avoir suivi pendant deux ans les cours de la Faculté de droit de Toulouse [2], il alla faire à Paris sa troisième année d'études. C'est là qu'il fut reçu licencié [3], prêta serment d'avocat [4] et fut admis au stage [5].

[1] Notice insérée dans la *Semaine catholique de Toulouse*, numéro du 8 mars 1870, par M. Rodière, professeur à la Faculté de droit.

[2] Diplôme de bachelier en droit, du 28 août 1811.

[3] Diplôme de licencié en droit, du 31 août 1812.

[4] Arrêt de la Cour de Paris, du 8 mai 1813.

[5] Admission au stage, 26 mai 1813.

Digitized by Google

A Paris, plus que partout ailleurs, la vie est pour chacun ce que chacun la veut faire. Pour Delpech, elle fut dès lors grave et sérieuse. Les souvenirs qu'il aimait à rappeler de cette époque, se ramenaient surtout aux relations d'affectueux patronage qu'il avait trouvé occasion de nouer avec son illustre compatriote, le vicomte de Bonald. La philosophie religieuse de l'auteur de la *Législation primitive* convenait à cette nature ardente et réfléchie ; son esprit paraît en avoir reçu une vigoureuse impulsion et s'en être inspiré dans tous le cours de sa vie.

Le gouvernement royal, auquel il avait adhéré de cœur et d'âme, l'appela de bonne heure à un poste élevé dans la magistrature. Le 7 juillet 1816, il était nommé substitut du procureur général près la Cour royale de Toulouse. Le caractère sérieux, le talent précoce du jeune avocat, joints aux traditions tout honorables de sa famille, justifiaient cette promotion rapide, moins extraordinaire à cette époque qu'elle ne paraîtrait aujourd'hui; il entrait alors dans les vues du gouvernement de recruter directement les cours souveraines par des jeunes gens d'élite, sans les assujettir à un long noviciat dans les premiers degrés de la magistrature. Tout semblait donc présager au jeune substitut une longue et brillante carrière; trois ans ne s'étaient pas encore écoulés, le 29 avril 1819, il était tombé en disgrâce et quittait ses fonctions. Son dissentiment avec les chefs de la magistrature, dans l'affaire Fualdès, avait amené ce brusque revirement. Delpech croyait à l'innocence du condamné Bastide; toute sa vie, il a travaillé à réunir les matériaux destinés à la réhabilitation morale de ce malheureux. Il avait aussi épousé chaudement la défense de l'accusé Bessières-Veynac qui fut acquitté. Aucune convenance professionnelle, aucune considération d'intérêt privé ne pouvait prévaloir dans son esprit contre de telles convictions; il n'hésita pas à y sacrifier sa carrière et à affronter une révocation.

Il ne tarda pas d'ailleurs à prendre une revanche éclatante, la seule qui convînt à son caractère, la revanche du travail et du talent. Un concours était ouvert, à ce moment même, devant la Faculté de droit de Toulouse pour deux chaires de Code civil. Après de brillantes épreuves, il conquit du même coup, suivant les règlements de cette époque,

Digitized by Google

et le grade de docteur[1] et la désignation pour l'une des chaires vacantes.

Ici se place un incident singulier. Pour le concours à une chaire de professeur titulaire, les règlements exigent trente ans d'âge, sauf la concession d'une dispense. La dispense avait été accordée. Cependant, lorsque le concurrent élu poursuivit son institution, l'administration supérieure excipa du défaut d'âge. La dispense, accordée pour le concours, n'était pas, disait-on, efficace pour l'institution. L'objection assurément était peu sérieuse; car, en bonne foi, la dispense d'âge, accordée au candidat pour se présenter au concours, vaut implicitement dispense quant à l'institution, en cas de succès; c'est une dispense tout au moins conditionnelle; or, la condition accomplie (et elle l'était, dans l'espèce, de la façon la plus éclatante), on ne pouvait, sans esprit de chicane, refuser l'institution au candidat présenté par les juges du concours. Au fond, cette difficulté n'était qu'une suite des froissements qui avaient motivé sa sortie de la magistrature. Il fallait en finir avec cette sourde persécution.

Delpech se rendit à Paris; il vit le garde des sceaux, M. Pasquier. « Excellence, lui dit-il en l'abordant, voici le « jeune magistrat, destitué pour incapacité; c'est moi-« même! » Et en quelques paroles, pleines de fermeté et de mesure, il fit justice de toutes les préventions et dissipa tous les ombrages. Le soir même de l'audience, il recevait son institution[2]. Il avait ainsi conquis, une seconde fois, sa chaire au nom du droit, après l'avoir obtenue, une première fois, du suffrage de ses juges par la seule force de la science et du talent.

Delpech n'avait donc pas encore tout à fait trente ans, lorsqu'à la rentrée de novembre 1819, il inaugura cet enseignement du droit civil français qu'il devait poursuivre avec tant de distinction pendant plus de quarante ans par delà.

A cet âge, la gravité de ses mœurs lui donnait déjà l'autorité et la maturité nécessaires; il avait de plus, à ses débuts, l'avantage de cette sympathie que la jeunesse inspire toujours à la jeunesse. Dès lors, il se montra tel que l'ont

[1] Diplôme de docteur en droit, du 30 octobre 1819.

[2] La dispense d'âge et l'institution sont en date du 6 septembre 1819.

Digitized by Google

connu les nombreuses générations d'élèves qui ont suivi ses leçons. Le propre de son talent n'était pas la finesse et la précision didactique sur le détail des textes, mais plutôt une grande élévation de vues, une vigueur d'argumentation, toujours convaincue, parfois abrupte, parfois aussi allant jusqu'à l'éloquence. Quand il abordait avec une franchise un peu rude certaines parties délicates de son enseignement, on aurait craint de lui voir provoquer quelques murmures ou quelques-unes de ces approbations sarcastiques qui tournent facilement à la dérision. Mais, pour cela, son austérité bienveillante inspirait trop de respect, ou si, par hasard, le jeune auditoire s'oubliait un instant, d'un mot le professeur savait le ramener à la dignité, à la sainteté du sujet. Je dis la *sainteté*, et je n'exagère rien. Le jurisconsulte-philosophe, Ulpien l'a dit avec raison : *Est quidem res sanctissima civilis sapientia*[1] ! Pour Delpech, philosophe chrétien et chrétien convaincu, le mot se réalisait à la lettre et avec un redoublement de vérité. Le dogme catholique qu'il abordait de front était la source où il puisait abondamment, et d'où il tirait le principe de discussions toujours substantielles et fécondes. Ayant eu l'honneur de devenir son collègue, sans avoir eu l'avantage d'avoir été son disciple, je ne puis apporter ici sur l'ensemble de sa doctrine mon témoignage personnel. Je l'ai cependant assez entendu, soit accidentellement dans sa chaire, soit dans nos exercices habituels de l'École, soit dans les séances de l'Académie de législation, ou même dans des conversations intimes et familières, pour me rendre compte de l'action qu'il n'a pas cessé d'exercer sur ses élèves.

Un jour, c'était en 1851, ayant à expliquer, sur l'article 909 du Code civil, les règles concernant les libéralités des malades envers les médecins et les ministres du culte, il concluait en ces termes : « Plus on est catholique, plus on doit approuver « les garanties établies par la loi contre l'abus toujours pos- « sible de la plus sainte des influences ! » Cette réflexion était simple et simplement dite, mais il y avait dans son ton une chaleur d'âme où éclataient à la fois et sa vénération pour la religion et son respect pour la justice.

Posant, une autre fois, dans un examen, la question

[1] L. 1, § 5, Dig., *De extraordinariis cognitionibus* (50, 13).

Digitized by Google

banale de savoir si les créanciers du donateur peuvent exercer de son chef l'action en révocation pour ingratitude du donataire, et voyant le candidat hésiter à répondre : « Eh « quoi ! reprenait-il, voulez-vous donc qu'un homme se « trouve, de par ses créanciers, enchaîné à des sentiments « de rancune et de haine ? » Là encore, il faut avoir connu le professeur et l'homme pour comprendre ce que ces quelques mots pouvaient contenir de chaleur communicative.

Je ne veux pas ici multiplier les anecdotes. Quelques-unes, toutes familières, feraient apparaître le vénérable professeur sous un jour plus aimable et plus riant que sa physionomie austère ne le faisait habituellement juger. Mais, pour donner une idée plus élevée de l'ensemble de son œuvre d'enseignement, je ne saurais mieux faire que de citer le témoignage d'un jeune magistrat, lauréat de la Faculté de droit de Toulouse, qui a été un des élèves les plus distingués de Delpech, pendant la période de sa verte vieillesse.

« Peu d'hommes, dit M. Jules Lacointa[1], ont exercé sur « leurs élèves un ascendant comparable à l'autorité dont « M. Delpech fut environné pendant tout le cours de sa car- « rière. Il enseignait le droit civil avec une singulière am- « pleur et une rare élévation de vues.

« Sa parole, d'un ton peu agréable par lui-même, avait « une puissance qui captivait l'auditoire. Elle renfermait je « ne sais quoi de substantiel, d'énergique, de pénétrant : « c'était bien la voix du docteur. Ce maître si bon, si sym- « pathique, si paternel, avait dans sa chaire une fierté im- « personnelle qui commandait le respect et lui permettait, « sans encourir le reproche de témérité ou d'orgueil, de « poser son opinion en regard du sentiment des jurisscon- « sultes les plus renommés, des décisions, des monuments « de la jurisprudence.

« Élevé à l'école de Domat, de Joseph de Maistre, de M. de « Bonald, M. Delpech imprimait à son enseignement le carac- « tère le plus éminemment spiritualiste : il éclairait les « obscurités de la loi, à la lumière des principes moraux, « philosophiques et religieux. Pour répandre sur l'ensemble

[1] Dans une lettre adressée à M. l'abbé Xavier Delpech. Quand M. Lacointa écrivait cette lettre au fils de son ancien maître, au mois de juin 1870, il était avocat général près la Cour de Toulouse.

Digitized by Google

« de son cours de trois années la clarté des plus hautes « notions, il débutait par d'admirables leçons, dont j'ai tou- « jours le cahier sur mon bureau et où il exposait magistrale- « ment l'alliance indéniable des doctrines religieuses et philo- « sophiques, des enseignements de la raison et de la foi. Aussi, « lorsque étudiant un texte de la loi civile, il le trouvait en « contradiction avec les principes de ses intimes croyances, « combien il se sentait courageux et fort pour élever la voix ! « Son cours avait le don de ne jamais lasser celui qui, une « fois, avait compris la droiture, la sincérité et les méditations « de ce maître. Aussi lui arrivait-il de poursuivre jusqu'au « delà d'une durée de deux heures des leçons que ne pouvait « trouver longues un auditoire restreint, quant au nombre, « mais aimé de votre vénéré père et qui lui suffisait, après « le départ, au bout d'une heure, d'une masse d'auditeurs « moins épris...

« M. Delpech pouvait être regardé comme peu pratique : « il était possible de rencontrer des professeurs plus remar- « quables par l'érudition, plus versés notamment dans l'étude « des lois romaines ; oui, il y avait quelques imperfections, « à ces différents points de vue. Mais sous le rapport de l'é- « lévation de l'esprit, de la force de la logique, de la vigou- « reuse initiation aux vrais principes, de la hauteur des « conceptions, de l'éloquence de la parole, de l'autorité, de « l'ascendant du langage, de l'influence durable exercée sur « ses élèves, il est peut-être impossible de signaler un maître « supérieur à M. Delpech. Je dis, faisant allusion à votre « vénéré père, dans un travail destiné à l'Académie de « législation, qu'il a été le théologien, le *casuiste* de notre « législation civile. Ce mot me semble être le trait caracté- « ristique de son enseignement.

« De même que la foi a fait la force de M. Delpech pen- « dant sa vie et surtout à l'heure de sa mort si virile et si « chrétienne, de même sa conviction profonde a été le plus « ferme soutien de ses leçons juridiques. C'est la conviction « dont il était animé qui lui rendait facile la lutte contre « les objections et les obstacles, c'est sa conviction qui com- « muniquait à sa parole l'autorité doctrinale, dont tous ses « élèves sont demeurés profondément frappés.

« Je pourrais, je voudrais même continuer ces apprécia- « tions, que je regrette de vous adresser dans une forme si

Digitized by Google

« imparfaite et trop à la hâte, au courant de la plume, au « milieu de beaucoup d'occupations; mais vous ne souhaitez « que l'expression sommaire de mon sentiment sur les le- « çons de votre vénéré père, et je crois pouvoir borner là « l'insuffisante réponse que je m'empresse de vous trans- « mettre. »

Si du professeur nous passons à l'écrivain, nous trouvons à signaler les mêmes qualités de vigueur et d'énergie. Dans son style, comme dans sa parole, l'effet se produit par le ton de sincère conviction, indépendamment de tout art et de toute recherche. En lisant ses mémoires judiciaires et ses trop rares publications doctrinales [1], on se prend à regretter que le savant jurisconsulte n'ait pas donné la dernière main à tant de précieux matériaux, contenus dans ses manuscrits. Il resterait là à exploiter une mine féconde, mais il y manquerait désormais ce quelque chose d'achevé que l'auteur seul peut donner à la dernière expression de sa pensée.

Vers la fin de sa carrière, en 1856 [2], Delpech fut nommé doyen de la Faculté de droit de Toulouse. Il avait, au plus haut degré, l'autorité morale du caractère et du talent, appropriée à cette fonction. Il avait de plus et déjà depuis longtemps, à cette époque, la supériorité qui de toutes fait le moins d'ombrage, l'ancienneté d'âge et de services. Pendant plusieurs années cependant, des préventions politiques l'avaient fait écarter. On reconnaissait volontiers, en haut lieu, son mérite éminent comme professeur et son légitime ascendant sur la jeunesse des écoles; sa réputation, solidement établie, lui avait fait accorder, en 1849, la distinction, trop longtemps retardée de la croix d'honneur; mais c'était, disait-on, quant aux convenances administratives, un doyen impossible. Ce doyen, prétendu impossible, devint, à un certain moment, dans des circonstances pénibles et déli-

[1] Voir notamment la *Revue de législation* de M. Wolowski, t. XI, p. 25, et le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. I, p. 17; t. II, p. 72, 73, 177; t. III, p. 8, 12, 23, 34, 188; t. IV, p. 266; t. VII, p. 272. — Delpech avait dans sa jeunesse collaboré au *Recueil d'arrêts de Sirey*. Quelques consultations de lui y sont rapportées. De son passage dans les rangs de la magistrature, il reste un discours, prononcé le 24 mars 1818, à l'ouverture des Assises du département de la Haute-Garonne (Toulouse, Augustin Manavit, 33 pages in-8°).

[2] Arrêté ministériel du 20 mars 1856. Depuis le mois de novembre 1855, Delpech, comme professeur le plus ancien, exerçait le décanat, *sede vacante*.

Digitized by Google

cates, le doyen nécessaire, et pendant tout le temps de son exercice, il justifia parfaitement cette acclamation de l'opinion qui avait précédé sa désignation officielle.

Appelé plusieurs fois à siéger à Paris dans le jury central du concours d'agrégation, il profita de son expérience pour fonder à Toulouse une conférence préparatoire qui, sous la direction de plusieurs membres de la Faculté, a donné les meilleurs résultats.

Ses rapports avec ses collègues convenaient bien à ce que doit être dans un corps savant le rôle d'un chef *primus inter pares*. Sa bonhomie cordiale, éloignée de toute roideur pédantesque, lui donnait dans la conduite de la vie une prudence et une mesure qui n'ôtaient rien à la fermeté de ses convictions personnelles; les dissidences les plus accusées laissaient chez tous subsister le respect.

Mais c'était surtout auprès des étudiants qu'on ressentait l'avantage de cette gravité de mœurs, tempérée par une bonté vraiment paternelle. On peut juger de la valeur d'un homme, s'il sait vieillir en aimant la jeunesse, s'il lui reste sympathique sans la flatter jamais. Or, quand il fallait interposer son autorité, Delpech ne s'inspirait pas de la sécheresse officielle des règlements, il ne recourait pas à la menace des peines disciplinaires. En quelques mots partis du cœur, il faisait vibrer ces touches généreuses qu'on ne manque pas de rencontrer dans la jeunesse française, aux jours d'émotion.

Cependant le vénérable doyen, chargé d'années, aspirait au repos. Comme les chrétiens des anciens jours, il voulait se recueillir et mettre quelque intervalle entre la vie et la mort. Rien n'accuse plus tristement le désert de l'âme que l'impossibilité dans laquelle est trop souvent un vieillard de survivre à l'activité de ses fonctions. « Ce lui est une peine « insupportable d'être obligé de vivre avec soi, et de penser « à soi... » A tout prix, il faut « éviter l'amertume et le « dégoût intérieur qui accompagneroit nécessairement l'at- « tention que l'on feroit sur soi-même.... On donne aux « hommes des charges et des affaires qui les font tracasser « dès la pointe du jour. Voilà, direz-vous, une étrange « manière de les rendre heureux. Que pourroit-on faire de « mieux pour les rendre malheureux? Demandez-vous ce « qu'on pourroit faire? Il ne faudroit que leur ôter tous ces « soins; car alors ils se verroient, et ils penseroient à eux-

Digitized by Google

« mêmes ; et c'est ce qui leur est insupportable. » — Mais, ajoute aussitôt le grand moraliste dont nous empruntons ici les paroles[1], « je ne parle que de ceux qui se regardent « sans aucune vue de religion. Car il est vrai que c'est une « des merveilles de la religion chrétienne, de réconcilier « l'homme avec soi-même en le réconciliant avec Dieu; de « lui rendre la vue de soi-même supportable, et de faire que « la solitude et le repos soient plus agréables à plusieurs, que « l'agitation et le commerce des hommes. »

Delpech, nous le savons, n'était pas *de ceux qui se regardent sans aucune vue de religion.* Il sut donc survivre à sa vie publique[2] et jouir plusieurs années encore d'un repos plein de dignité. Bien qu'il ait goûté les joies les plus pures de la vie, en élevant une famille digne de lui, en connaissant les fidélités exquises de l'amitié, il n'a pu vivre aussi longtemps sans ressentir aussi de grandes douleurs. La plus amère de toutes a été celle de survivre à une épouse toute dévouée, dont l'âge était beaucoup moins avancé que le sien. Il a subi d'autres épreuves encore et des déchirements très-sensibles; il les a supportés avec la fermeté et la délicatesse de la résignation chrétienne. Je ne voudrais pas ici soulever des voiles sacrés. Mais la religion a si fortement marqué ce caractère, qu'on ne le connaîtrait pas bien si l'on écartait de cette notice certains traits de sa vie intime. « Outre le dévouement à la « justice et au droit, outre le dévouement à notre bonheur, « m'écrit un de ses fils, la piété a été un de ses traits carac- « téristiques. Je n'oublierai jamais la prière du soir qu'il « présidait toujours lui-même jusque dans ces derniers temps « où il la récitait encore de sa voix lente et tremblante. « Plusieurs fois, dans la journée même, du temps encore de « sa verdeur, je l'ai trouvé agenouillé dans son cabinet aux « pieds d'un grand crucifix que je conserve comme une « relique... »

Un de ses plus fidèles amis[3] nous le peint, pendant ses

[1] Pascal, *Pensées*, ch. IV, art. V de l'édition de Dijon (Victor Lagier, 1835).

[2] Son admission à la retraite est du 15 juillet 1867. Mais déjà, depuis quelques années, la courtoisie de ses collègues lui avait ménagé des intervalles de repos, rendus nécessaires par l'état de sa santé.

[3] M. Rodière, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, dans la *Notice* précitée du 8 mai 1870.

Digitized by Google

dernières années, dans son domaine de Villeneuve-Meauzac, où il s'était fixé, « au milieu d'une population agricole que « lui ou les siens avaient déjà comblée de bienfaits, et dont il « allait devenir désormais le protecteur de chaque jour. Son « intelligence, aussi vive à la fin de sa carrière qu'elle l'avait « été au début, n'était employée qu'à donner des conseils ou « à rendre des services à toutes les personnes qui venaient lui « en demander, et le cercle de ces personnes s'élargissait sans « cesse. Les protestants recouraient à ses lumières comme « les catholiques. Les hôtes préférés étaient naturellement « les ecclésiastiques, et plus d'une fois, sans s'y être donné « rendez-vous, la plupart des prêtres du canton se trou- « vèrent accidentellement réunis à la table de M. Delpech.

« Dès qu'il avait des loisirs, M. Delpech les employait à « une correspondance très-active, à la prière et aux graves « lectures. Il avait l'esprit singulièrement frappé de la « majesté du Concile qui siége en ce moment au Vatican, et « il attendait avec impatience l'heureux moment où il pour- « rait en lire à genoux les premiers décrets. Ses filles les lui « lisaient précisément le matin de sa mort dans le journal « qu'on venait de recevoir.

« Une vie aussi chrétienne et aussi charitable méritait une « belle fin. Dieu l'a accordée à M. Delpech. Il y a quelques « mois, il avait appris que son fils aîné, jésuite et mission- « naire au Maduré, souffrait beaucoup des yeux, et il avait « prié le Père provincial de la Compagnie de le faire revenir « en France pour y soigner sa vue. Rappelé par ses supérieurs, « le missionnaire revient en effet. Son père ne se doutait pas « qu'il le faisait revenir du fond de l'Asie pour qu'il l'assistât « à ses derniers moments et lui fermât les yeux.

« Après avoir passé quelques jours auprès de son père, « dont la santé n'inspirait pas encore des inquiétudes sé- « rieuses, le P. Delpech, rentré à Toulouse, mais pour aller « ensuite à Limoges, voulut repasser par Villeneuve-Meauzac « pour se rendre à sa nouvelle résidence. Il partit pour cela « le samedi matin 30 avril. En arrivant, il trouve son père « assez bien portant encore; mais peu de temps après, comme « il commençait à prendre son repas, le digne vieillard « éprouve un éblouissement et tombe en syncope. On le porte « sur le lit le plus voisin, où il reprend bientôt ses sens; il « sent cependant que la mort est imminente. Il exprime

Digitized by Google

« alors le désir que tous les membres de sa famille et toutes « les personnes de la maison se groupent autour de lui. Le « Père jésuite, trois de ses filles, M. d'Armagnac, son gendre, « et beaucoup d'autres de ses proches, entouraient sa couche : « il les bénit successivement, leur adresse à chacun de pieuses « recommandations ou de consolantes paroles, leur demande « à tous pardon des peines qu'il aurait pu involontairement « leur causer, et prie ensuite son fils de le préparer à la mort. « Il suit avec piété toutes les prières que ce fils courageux « fait à son chevet. Peu de temps après, son état s'aggrave; « le curé de la paroisse, accouru, a cependant le temps de lui « faire les onctions saintes; mais une autre syncope l'ayant « saisi, il expire doucement ayant sur les lèvres le grand « crucifix de son fils, le missionnaire du Maduré, que depuis « une heure il ne cessait de baiser. Son second fils, vicaire « à Saint-Étienne, averti par dépêche, ne put que contem- « pler, en s'agenouillant devant la couche de son père, les « traits calmes du chrétien qui venait de s'endormir dans le « Seigneur. M. Delpech avait accompli depuis quelques « mois sa quatre-vingtième année. »

Sa famille a fait graver sur sa tombe cette simple inscription : IL A SERVI SON PAYS SANS OUBLIER DIEU.

G. DEMANTE.

BIBLIOGRAPHIE

PRÉCIS DE DROIT ROMAIN.

Par C. ACCARIAS, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris[1].
(Tome premier.)

Compte rendu par M. Ch. LYON-CAEN,
professeur agrégé à la Faculté de droit de Nancy.

M. Accarias vient de publier sous ce titre le premier tome d'un traité de droit romain qui doit comprendre deux vo-

[1] Paris, Cotillon et fils, libraires du Conseil d'État, 24, rue Soufflot, 1872, un volume in-8° de 976 pages.

Digitized by Google

lumes. Cet ouvrage, comme l'indique son nom même de *Précis*, est destiné spécialement par l'auteur aux étudiants. On ne saurait nier qu'il est parfaitement fait pour eux. Nous ne connaissons pas de traité de droit romain, publié en France, qui soit à la fois plus lucide, plus complet, plus méthodique. L'auteur a évité tout ensemble les recherches de style qui enlèvent au langage du droit la précision et la netteté qui lui sont nécessaires, et la sécheresse excessive qui, sous prétexte d'exactitude, dégoûte par son aridité de l'étude du droit romain.

Mais si cet ouvrage est excellent pour les étudiants, ce serait le juger mal que de penser qu'il ne peut servir qu'à eux. Quelque modeste que soit son titre, ce *Précis de droit romain* n'est pas un simple manuel d'examen, c'est une œuvre scientifique sérieuse ; et, quoi qu'en puisse dire M. Accarias dans sa préface, il peut rendre les plus utiles services, non-seulement à ceux qui apprennent, mais encore à ceux qui savent déjà beaucoup.

M. Accarias nous était déjà connu comme romaniste par sa remarquable *Théorie des contrats innommés*[1]. Son nouveau livre n'est pas au-dessous de cette monographie, et l'on y retrouve les mêmes qualités de précision, de sobre élégance, de profondeur.

Ce nouveau traité est conçu sur le plan de nos meilleurs cours de droit romain. Les Institutes lui servent de base; c'est à leur commentaire qu'il s'attache principalement, après en avoir reproduit les textes dont il fournit la traduction complète. Mais, comme les Institutes présentent des lacunes considérables, l'auteur les comble par des textes des Pandectes toujours bien choisis et toujours expliqués, quand ils présentent quelque difficulté sérieuse dont la solution importe à l'exposé des principes fondamentaux.

Le tome premier, qui seul a paru jusqu'ici, contient les matières comprises dans les deux premiers livres des Institutes, c'est-à-dire l'état des personnes, la théorie des droits réels, les successions testamentaires.

L'explication de ces matières est précédée, sous le titre d'*introduction générale*, de quelques pages dans lesquelles l'auteur, après avoir montré le rôle des législations positives,

[1] Retaux frères, libraires-éditeurs, 15, rue Cujas, 1866.

Digitized by Google

l'influence qu'exercent sur elles la morale et l'économie politique, indique la mission du jurisconsulte vraiment digne de ce nom. Le jurisconsulte ne doit pas seulement se borner à posséder les textes et même l'esprit de la loi. Sinon, il reste dans le domaine du fait, et « les faits ne sont pas la « science, ils n'en sont que le point de départ. Que faut-il « donc de plus au jurisconsulte ? Il faut qu'il soit en mesure « de juger la loi et de motiver ses jugements ; qu'il la com- « prenne non-seulement en elle-même, mais dans ses rap- « ports nécessaires avec le milieu social où elle fonctionne; « enfin qu'il puisse d'un doigt sûr marquer les améliorations « qu'elle appelle. »

De cette mission assignée au jurisconsulte, se déduit l'utilité de l'étude du droit romain. L'enseignement de ce droit se justifie par quatre raisons : 1° Il y a dans nos Codes quelques dispositions empruntées au droit romain et dont, par suite, il éclaire particulièrement le sens. 2° Beaucoup d'institutions ont été puisées dans le droit romain ; aussi, pour suivre leur génération et leur développement historique, c'est à cette législation qu'il faut recourir. 3° Comme œuvre d'art surtout, le droit romain présente une supériorité marquée sur les législations anciennes et peut-être même modernes. Celui qui l'approfondit, s'il n'en retient pas tous les détails, « acquiert du moins, par son étude, l'art de raisonner « et le sens juridique ; et s'il n'a pas meublé son intelligence, « il l'aura forgée. »

A ce troisième motif, qui déjà est par lui-même suffisamment décisif, M. Accarias en ajoute un quatrième qu'il juge avec raison plus décisif encore et d'un ordre plus élevé. « Une étude historique, comme celle du droit romain, mûrit « le sens critique, et nous prépare à l'intelligence de notre « époque. Car elle provoque des comparaisons multipliées « et nous initie à la marche et aux progrès naturels de l'es- « prit humain dans l'enfantement progressif de ses con- « ceptions. »

Avec ses idées générales sur l'utilité de l'étude du droit romain, il est facile d'apercevoir quelle doit être la méthode adoptée par l'auteur. Il s'efforce d'indiquer la physionomie générale du droit romain, en montrant les progrès de chaque institution et les causes qui les ont produits.

M. Accarias ne tombe nullement dans le défaut reproché,

Digitized by Google

non sans raison, à bien des commentateurs de savoir de point en point ce qu'on pensa, mais de ne pas penser. Il ne s'attache pas à examiner les antinomies et les controverses d'où ne dépend aucun principe essentiel. Et quand il juge une question digne d'être étudiée, il montre le motif de douter, formule nettement son opinion et les arguments qui lui paraissent décisifs; mais il ne se perd pas dans l'exposé de toutes les opinions soutenues; car son livre est une œuvre originale et non un répertoire.

L'ordre suivi est en général celui des Institutes. Peu de modifications sont apportées à l'ordre des titres; celui des paragraphes d'un même titre est seulement changé de temps à autre. Au point de vue rationnel, on ne peut cacher que l'ordre adopté par Justinien laisse beaucoup à désirer. Mais dans un livre destiné particulièrement aux étudiants, on doit s'y soumettre pour se conformer au programme des examens. Deux changements principaux très-heureux ont été apportés à l'ordre des titres.

L'étude de la *capitis deminutio*, au lieu d'être enclavée au milieu de l'exposé de la tutelle, est placée avec juste raison à la fin du Ier livre (p. 378 et suiv.). Cette matière a en effet des ramifications dans presque toutes les parties de l'état des personnes dont traite ce Ier livre. En la plaçant, comme l'ont fait les Institutes, au milieu de la tutelle, on interrompt l'étude de la tutelle sans profit, et l'on empêche d'apercevoir la portée générale des principes de la *capitis deminutio*. De même, il est traité de l'hypothèque à propos des droits réels (p. 631 et suiv.).

Sous le titre de *Prolégomènes* sont rangées les notions philosophiques et historiques contenues dans les titres *De justitia et jure* et *De jure naturali gentium et civili* aux Institutes (livr I, tit. 1 et 2).

L'histoire externe qui fait l'objet principal de ces prolégomènes nous paraît la partie de beaucoup la moins parfaite du livre. Elle laisse à désirer, selon nous, à un double point de vue : l'ordre qui y est adopté est peu satisfaisant, et des lacunes assez graves s'y rencontrent. Chaque source du droit est examinée dans l'ordre même des paragraphes des Institutes. Sous l'empire de quels événements et de quelle cause telle ou telle source du droit a-t-elle pris naissance, et s'est elle développée? C'est ce que l'auteur ne nous apprend qu'a-

Digitized by Google

près avoir parlé de toutes les sources du droit mentionnées dans les Institutes. L'esprit n'est ainsi que très-peu frappé du lien qui rattache la naissance ou le développement des sources du droit aux grandes révolutions politiques. Pour traiter un sujet éminemment historique comme celui-ci, c'est évidemment l'ordre historique qu'il importe d'adopter : la division de l'histoire du droit romain en grandes périodes et l'examen des sources du droit dans chacune d'elles, voilà la méthode qui nous semble préférable ; c'est celle qu'ont adoptée MM. Puchta, Walter, Giraud, etc. Cet ordre mis par M. Accarias dans l'exposé de l'histoire externe a eu des conséquences fâcheuses. Il a entraîné l'auteur à ne pas parler d'une façon complète des magistratures principales, parce qu'il n'en est pas question dans les Institutes. Ce n'est qu'incidemment qu'il est parlé dans le *Précis* de quelques magistratures. Ainsi il n'est question du *præfectus urbi*, qu'à propos de la tutelle déférée par les magistrats (p. 279).

La même cause a fait garder à l'auteur un silence presque complet sur les municipes, les colonies, les préfectures. Une courte note y est consacrée, et cela seulement à propos de la légitimation par oblation à la curie (p. 231, note 1).

La lacune à signaler dans les prolégomènes est relative aux destinées du droit romain après Justinien. Cette lacune n'est pas, comme on le pense bien, le résultat d'une omission; c'est une lacune intentionnelle. « Nous n'avons pas, dit « M. Accarias (p. 61), à suivre le droit romain postérieu- « rement à Justinien, etc... Quelque intérêt que présente « l'étude de ses destinées nouvelles, elle forme la préface de « l'exposition du droit moderne plutôt que le complément « de celle du droit romain. »

A notre grand regret, nous devons avouer que nous sommes ici en complet désaccord avec notre auteur. Il est de la plus grande importance, de montrer au début d'un cours de droit romain, quelles ont été les destinées de ce droit après Justinien; car sans cela, il est de toute impossibilité que l'étudiant comprenne comment le droit romain a pu influer sur le droit moderne. Nous nous permettrons d'engager vivement l'auteur, dans les éditions postérieures de son livre qui, nous n'en doutons pas, ne tarderont pas à paraître, à combler cette lacune en faisant connaître les destinées du

Digitized by Google

droit romain dans un de ses exposés succincts et substantiels où il excelle.

Nous généraliserons la critique que nous venons de faire; mais cette fois nous l'appliquerons, non-seulement au livre de M. Accarias, mais en général à tous nos livres de droit romain et à beaucoup de nos cours. On néglige trop de rattacher par un historique au moins sommaire le droit romain à notre droit actuel. Ne serait-il pas à la fois intéressant et utile, pour ne citer qu'un exemple, d'indiquer comment le colonat s'est transformé en esclavage de la glèbe?

Ces omissions ne permettent souvent qu'après un long temps d'étude de rattacher le droit romain à la législation moderne; elles empêchent l'étudiant d'apercevoir l'intérêt historique attaché à l'enseignement du droit romain.

Mais à côté de ces défauts et de ces lacunes, que de notions exactes, que de doctrines frappées au coin du plus pur bon sens renferment les *prolégomènes!* Nous citerons spécialement l'explication de la distinction d'Ulpien entre le droit civil, le droit des gens, *le droit naturel* (p. 14), le rejet de toute conciliation entre les lois 2, C., *De just.* (8-53) et la loi 32 Par., 1 (Dig., *De legib.*, 1-3), relatives à la force abrogative de la coutume, l'explication des *responsa prudentium* comme source du droit (p. 44 et s.). Après ces *prolégomènes*, l'auteur aborde l'étude des *personnes.* Il indique le sens de cette expression et les principales divisions qu'on en peut faire, et il annonce qu'il terminera l'*étude des personnes* par des notions sommaires sur les personnes morales.

La première division est celle en personnes libres et en esclaves. Cette matière est divisée par l'auteur en quatre parties : 1. Définition et origine de l'esclavage. 2. Quelles personnes sont esclaves. 3. De la condition des esclaves. 4. Comment de l'esclavage on passe à la liberté.

Cette quatrième partie du sujet est développée avec un soin tout particulier. Toutes les notions relatives à la condition des affranchis y sont groupées de telle façon qu'on sort de la lecture du livre avec des idées très-nettes sur les différences essentielles qui existaient tant au point de vue du droit privé que du droit public entre l'affranchi citoyen romain et l'ingénu citoyen.

La partie relative aux modes d'affranchissement y est aussi très-complète. En examinant les diverses restrictions à la fa-

Digitized by Google

culté d'affranchir, l'auteur explique le § 4 (2, V, *Inst. de donat.*). Comme il le dit très-bien, « Justinien rattache l'hy-« pothèse prévue dans ce paragraphe à l'exposition des « moyens d'acquérir la propriété, parce que la part de l'un « des copropriétaires se trouve acquise à l'autre. Mais en « réalité le texte se réfère beaucoup plus directement à la « question de savoir quelles sont les conditions nécessaires à « la validité d'un affranchissement. »

Dans un appendice à la matière de l'esclavage, se trouvent exposées les règles du colonat. Ici, nous croyons que la brièveté est par trop grande : deux pages seulement sont consacrées à ce sujet. Nous reconnaissons volontiers que c'est là une matière qui offre plus d'intérêt pour l'historien que pour le jurisconsulte; mais peut-être a-t-elle encore pour ce dernier assez d'intérêt pour qu'on ne doive pas se borner à lui donner une place aussi restreinte.

C'est à titre de subdivision des personnes libres que sont exposées d'abord leur classification en *cives romani, peregrini latini*, etc., et leur division en affranchis et ingénus.

Puis vient une seconde division générale des personnes, celle qui consiste à les distinguer en *sui juris* et *alieni juris*, avec la subdivision des *alieni juris* en quatre classes.

La *patria potestas*, à raison de son importance capitale pour l'intelligence du droit romain, est expliquée avec détail. Au contraire, comme la *manus* et le *mancipium* ont disparu au temps de Justinien et ont perdu de leur importance dès le temps du droit romain classique, ces puissances sont étudiées brièvement.

Sur la *patria potestas*, quatre points principaux sont examinés d'après la division indiquée par l'auteur : 1. Nature et caractère de la puissance paternelle. 2. Condition juridique des fils de famille. 3. Disparition progressive de la puissance paternelle. 4. Indication des sources de la puissance paternelle. Dans l'exposé de la condition juridique des fils de famille, nous regrettons que des détails n'aient pas été immédiatement donnés sur l'atteinte portée au caractère primitif absolu de la puissance paternelle quant aux biens, par l'institution des différents pécules. Un exposé sur ce point eût achevé de montrer comment la puissance paternelle avec son caractère originaire disparut peu à peu.

Les *justæ nuptiæ*, cause principale qui donne naissance à la

Digitized by Google

puissance paternelle, sont longuement étudiées. Nous remarquons spécialement la discussion relative à la manière dont se forment les *justæ nuptiæ* (p. 149) et l'énumération complète des différents effets produits par le mariage, indiqués dans d'autres parties des Institutes, ou même résultant des principes qui y sont passés sous silence. C'est à propos des effets de la filiation résultant *ex justis nuptiis* que sont données des notions sur l'*agnatio* et la *gentilitas* (p. 177 et suiv.).

L'étude des *justæ nuptiæ* conduit nécessairement à parler des différentes unions régulières qui étaient reconnues à côté d'elles, c'est-à-dire du concubinat, du *contubernium*, du mariage du droit des gens, dont M. Accarias admet l'existence.

La tutelle et la curatelle sont les matières du Ier livre dans lesquelles M. Accarias a peut-être le mieux montré ses qualités d'ordre et de méthode. C'est surtout là qu'il a fait preuve de ce sens pratique plus nécessaire à l'auteur d'un livre de droit romain qu'à tout autre, sens pratique qui lui fait distinguer ce qui mérite d'être approfondi et ce qui doit être simplement indiqué et exposé brièvement. C'est ainsi qu'il passe rapidement sur les causes d'excuse de la tutelle ou de la curatelle, et sur les délais accordés pour les faire valoir. Au contraire, l'organisation de la tutelle et de la curatelle, l'incapacité des personnes qui y sont soumises, sont étudiées dans tous leurs détails.

Les règles sur l'incapacité des impubères et des mineurs de vingt-cinq ans sont particulièrement éclaircies par une distinction très-élémentaire sans doute, mais très-souvent méconnue entre les fonctions du tuteur et l'incapacité du pupille.

Enfin, cette première partie se termine par la théorie de la *capitis deminutio* et des notions sommaires sur les personnes morales.

Nous arrivons à la deuxième partie de l'ouvrage qui correspond au second livre des Institutes. LYON-CAEN.

L'Éditeur : COTILLON.

736 — Paris. — Imprimerie Cusset et Ce, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DE LA DIFFAMATION DANS LES DÉLIBÉRATIONS DES CONSEILS MUNICIPAUX ET LES ACTES DE L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE.

Par M. Burin des Roziers, auditeur au Conseil d'État.

I

Sur un conflit élevé par le préfet du Var, la commission chargée de remplacer le Conseil d'État a décidé que l'autorité administrative n'avait pas à revendiquer la connaissance des actions en diffamation intentées devant la juridiction correctionnelle contre les membres d'un conseil municipal.

Deux autres décrets, relatifs à des conflits soulevés par le préfet de Maine-et-Loire, ont nettement établi les conséquences de la suppression de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, en refusant de soustraire à la connaissance de l'autorité judiciaire les actions en diffamation dans des actes publics dirigées contre un préfet qui s'abritait derrière le caractère purement administratif de l'acte diffamatoire.

Il n'est pas besoin d'insister pour faire comprendre tout ce qu'il y a d'important et de grave dans ces décisions.

La première constitue l'abandon d'une jurisprudence depuis longtemps établie. Jusqu'à ce jour, en effet, l'action correctionnelle pour imputations diffamatoires insérées dans une délibération du conseil municipal avait été refusée à la partie qui se prétendait lésée. La jurisprudence nouvelle consacre des principes et des idées au triomphe desquels il nous semble qu'il faut applaudir. Ce triomphe était depuis longtemps désiré par les esprits les plus distingués : il suffit de nommer MM. Batbie, Serrigny, Chauveau et Reverchon. La Cour de cassation s'était sans cesse, mais vainement, élevée contre l'ancienne doctrine du Conseil d'État; et jusqu'au sein de ce Conseil, les voix les plus autorisées, celle de M. Boulatignier en 1842, celle de M. Aucoc en 1866, avaient apporté aux partisans de la compétence judiciaire le précieux concours de leur incontestable autorité.

Comment donc, au point de vue juridique, a-t-on pu si

Digitized by Google

longtemps soutenir, en cette matière, la compétence administrative ?

Le Conseil d'État se fondait sur un double motif : que d'après l'article 60 de la loi des 14-22 décembre 1789, tout citoyen qui croit être personnellement lésé par un acte quelconque du corps municipal ne peut qu'exposer ses sujets de plainte à l'autorité administrative supérieure, laquelle y fait droit, s'il y a lieu, après vérification des faits; que, d'ailleurs, la revendication de la conaissance du litige par l'autorité administrative était conforme au principe de la séparation des pouvoirs.

Le principe de la séparation des pouvoirs? Mais s'il est bien de laisser l'administration veiller au respect de ses prérogatives, qui oserait dépouiller à la légère le pouvoir judiciaire du droit de prononcer sur l'honneur, la liberté du citoyen, droit essentiel et primordial, garantie fondamentale donnée à la liberté individuelle, à l'honneur des familles, sauvegarde des biens les plus précieux de chacun de nous? Y porter atteinte était plus grave sans doute que d'exposer l'administration aux risques possibles de quelques inconvénients! Le législateur ne pouvait s'y tromper, et voilà pourquoi, dans l'ordonnance réglementaire du 1er juin 1828, il n'a pas hésité à proclamer que jamais le conflit ne pouvait être élevé en matière criminelle, et qu'il ne pourrait l'être en matière correctionnelle que dans deux cas limitativement déterminés. Ne parlons donc plus de la portée générale du principe de la séparation des pouvoirs : étendre à ce point ce principe serait, selon l'expression d'un de nos collègues, « ériger en prétendu axiome la commodité des gouvernants. » N'oublions pas que nous sommes en face d'une poursuite devant la juridiction correctionnelle et des termes de l'article 2 de l'ordonnance de 1828 : Que dit cet article? « *Il ne pourra être élevé « de conflit en matière correctionnelle que dans les deux cas suivants : 1° lorsque la répression du délit est attribuée par une « disposition législative à l'autorité administrative ; 2° lorsque le « jugement à rendre par le tribunal dépendra d'une question « préjudicielle dont la connaissance appartiendra à l'autorité « administrative en vertu d'une disposition législative. — Dans ce « dernier cas, le conflit ne pourra être élevé que sur la question « préjudicielle.* »

Digitized by Google

Eh bien! où est la disposition législative qui attribue à l'autorité administrative la *répression du délit* de diffamation commis dans une délibération d'un conseil municipal? Cette disposition, on avait voulu la trouver dans l'article 60 de la loi du 14-22 décembre 1789, qui ouvre un recours devant l'autorité supérieure au citoyen lésé par un acte du corps municipal. La lecture seule du texte explique comment une semblable *interprétation a pu coûter tant de labeurs à ceux qui en ont imaginé la découverte*[1].

« Tout citoyen qui se croit lésé par un acte quelconque du « corps municipal *peut* exposer ses sujets de plainte à l'au- « torité administrative supérieure...» Tel est est le texte de l'article 60.

Écoutons maintenant la jurisprudence du Conseil d'État :

Considérant que, d'après l'article 60, tout citoyen qui se croit personnellement lésé, *ne peut qu'exposer ses sujets de plainte*...

Qu'est-ce à dire? Et d'où vient cette restriction du droit des tiers à la faculté spéciale inscrite dans la loi de 1789, faculté de recours constituant la hiérarchie administrative, reproduite dans l'article 18 de la loi du 18 juillet 1837, l'article 6 du décret du 25 mars 1852? La loi de 1789 organisait l'administration municipale : les actes du corps municipal étaient soumis à l'examen, au contrôle, à la réformation possible de l'autorité hiérarchique supérieure ; les tiers lésés pouvaient provoquer ce contrôle : Quoi de plus naturel, de plus conforme à la raison, aux principes de la subordination hiérarchique? Mais de ce que ce recours était expressément ouvert, il n'en résultait pas qu'il fût le seul possible, encore bien moins qu'il constituât une attribution de la répression du délit à l'autorité administrative.

Pour que le mode de réclamation réglé par l'article 60 fût la seule garantie laissée aux droits privés, il est clair qu'il fallait une affirmation nette, précise, non pas une induction plus ou moins détournée. L'affirmation n'est pas dans la loi ; il est vrai qu'elle se rencontrait dans la jurisprudence ; mais ici la jurisprudence ne pouvait suppléer au silence du législateur. Au surplus, les motifs qui auraient inspiré

[1] M. Reverchon, numéros du *Droit* du 31 décembre-1er janvier 1867.

Digitized by Google

l'article 60, si cette interprétation eût été exacte, auraient dû subsister avec une égale valeur en 1852 comme en 1837. Dans l'étude qu'il a publiée dans *le Droit* [1], M. Reverchon indique en effet qu'il s'était rencontré un préfet allant jusqu'à soutenir, en vertu de la disposition de l'article 6 du décret du 25 mars, qu'une vente passée par une commune dûment autorisée, *ne* pouvait être attaquée *que* devant le ministre de l'intérieur, et que l'action de la partie qui contestait la validité de cette vente ne pouvait être portée devant les tribunaux. Prétention singulière à coup sûr, mais qui n'était que l'application exacte de la doctrine qu'on avait si longtemps tirée de l'article 60 de la loi de 1789 : prétention d'ailleurs plus inoffensive, puisqu'elle ne soulevait qu'un litige civil, et n'allait pas jusqu'à revendiquer les questions de l'ordre criminel ! La coexistence du double recours par la voie gracieuse et la voie juridique ne saurait, en vérité, être sérieusement contestée. Elle a été d'ailleurs proclamée par le Conseil d'État lui-même, le 27 juin 1867, dans une affaire *Griffond :* « Considérant, dit le décret, que si l'annulation des délibérations prises par les conseils municipaux sur les objets énumérés dans l'article 17 de la loi du 18 juillet 1837 peut être, sur la demande des parties intéressées, au cas prévu par l'article 18 de la même loi, prononcée par les préfets, sauf recours au ministre compétent, le refus de prononcer cette annulation de la part du préfet et du ministre *ne peut faire obstacle à ce que les parties qui l'ont demandée fassent valoir devant l'autorité compétente les droits qu'elles prétendraient avoir été violés par les délibérations des conseils municipaux...* »

Mais en admettant que l'article 60 de la loi de 1789 ait eu un autre caractère que celui que nous lui reconnaissons, qu'il n'ait pas seulement institué le recours administratif au supérieur hiérarchique, il est manifeste qu'il ne pouvait attribuer à l'autorité administrative le jugement du fait reproché, dans le sens de l'article 2 de l'ordonnance de 1828. Cet article, en effet, prévoit l'existence d'une disposition législative conférant à l'autorité administrative la *répression du délit :* or, à quelles impossibilités n'arrivait-on pas dans l'ancien système du Conseil d'État ? *Réprimer un délit*, ce n'est pas seule-

[1] Numéros des 31 décembre 1866, 1er et 2 janvier 1867.

Digitized by Google

ment *réparer le préjudice* causé, c'est *punir* le coupable. La réparation civile du dommage n'est pas du domaine correctionnel; sans doute les deux instances peuvent être juxtaposées, mais elles n'en restent pas moins distinctes; et il est clair que lorsque l'ordonnance de 1828 prévoit le conflit en matière correctionnelle, elle n'entend pas parler des litiges ayant un caractère civil. Il faudrait donc reconnaître à l'autorité administrative le droit de frapper les personnes, de prononcer des peines à l'amende, à l'emprisonnement! Et quelle autorité aurait cette juridiction? Ici encore, la loi est muette, puisque l'article 60 ne parle que de l'autorité administrative supérieure. Or, outre qu'en 1789 l'administration supérieure du département était exclusivement élective, ce qui ne laisserait pas, en l'état de notre organisation judiciaire, que d'être singulièrement anormal, — à qui reviendrait aujourd'hui la juridiction? au préfet ou au conseil de préfecture? Ce n'est pas tout: quelles pénalités pourraient être prononcées? L'article 60 n'en prévoit aucune d'une façon spéciale; il se borne à une formule générale vague: « Le tiers lésé exposera ses sujets de plainte à l'administration supérieure, *qui y fera droit s'il y a lieu.* » Qui y fera droit! voilà le texte, il n'y en a pas d'autre. Dira-t-on qu'elle devra se conformer aux indications du Code pénal; que pour la répression du délit de diffamation particulièrement, elle aura à appliquer les dispositions de la loi du 17 mai 1819? Car, enfin, le pouvoir de ce nouveau juge correctionnel ne peut être absolu, sans limites, sans règles! Et ce délit, il faudra, pour se conformer aux volontés de la loi pénale, lui donner dans le jugement une qualification légale. Voilà donc l'administration investie du droit, exorbitant en présence du silence de la loi de 89 sur laquelle on fondait sa compétence, de déclarer que tels ou tels conseillers municipaux ont commis un acte répréhensible, se sont rendus coupables d'un délit, ont calomnié, diffamé, injurié telle ou telle personne! Sans doute, cette qualification sera faite par l'autorité judiciaire, si elle ne l'est par l'autorité administrative; mais la première garantie à donner au justiciable ne réside-t-elle pas dans l'incontestable compétence de son juge, la détermination exacte de la limite de son pouvoir répressif? De plus, que deviendra, en face de la généralité des termes de l'article 60, l'observation des règles ordinaires, —

Digitized by Google

en matière de prescription, par exemple, ou dans le cas de décès des prévenus? Le droit du tiers lésé s'inclinera-t-il devant ces règles, ou celui-ci pourra-t-il toujours, et à quelque époque que ce soit, obtenir la satisfaction qui lui sera due?

Toutes ces hypothèses étaient trop saisissantes, toutes ces impossibilités trop manifestes, pour qu'on eût jamais admis que l'article 60 conférait à l'autorité administrative un pouvoir de *répression* sur les personnes en matière correctionnelle. Toujours il a été entendu que la faculté réservée à l'administration supérieure, la satisfaction donnée aux tiers lésés, consistaient exclusivement dans l'annulation ou la réformation de l'acte du corps municipal. Droit de censure, droit d'ordonner l'inscription de cette censure sur les registres des délibérations du conseil : telle est la limite du pouvoir dont le tiers lésé peut réclamer le bénéfice en vertu de l'article 60, limite contestée quelquefois, mais nettement et solennellement tracée par le tribunal des conflits[1]. Ce n'est pas là, dans le sens légal, pas plus qu'au point de vue de la raison et du bon sens, la répression pénale du délit, qui se poursuit en matière correctionnelle. Et voilà pourquoi la doctrine soutenue par le Conseil d'État a rencontré une constante opposition; car elle invoquait, pour revendiquer le bénéfice du § 1 de l'article 2 de l'ordonnance de 1828, et retenir la connaissance d'un litige correctionnel, un texte qui assurait l'impunité légale au coupable et ne permettait pas en réalité de *réprimer le délit.*

Aussi, une autre interprétation avait-elle été indiquée. La doctrine du Conseil d'État, avait-on dit, tend moins à sauvegarder le principe de la séparation des pouvoirs en revendiquant pour l'administration la connaissance du litige correctionnel, qu'à interpréter le sens et la portée de l'article 60 de la loi de 89 par les considérations qui ont dicté l'article 21 de la loi du 17 mai 1819. Cet article, on le sait, établit en faveur des membres des assemblées législatives une immunité complète, afin de leur laisser pleine liberté pour défendre les intérêts de la nation. Cette immunité est de l'essence même des assemblées délibérantes, et c'est là, disait-on, la garantie qu'a entendu instituer au profit des conseils municipaux

[1] 29 juin 1850, commune de Tombebœuf.

Digitized by Google

l'article 60 de la loi de 89. Qu'il y ait avantage à assurer aux mandataires du pays le complet usage et jusqu'à l'abus de leur parole, c'est assurément une question délicate. Qu'il y ait également avantage à étendre le bénéfice de l'immunité aux conseils électifs autres que l'Assemblée nationale ; d'en faire jouir, par exemple, les conseils généraux, d'arrondissement, municipaux, c'est encore un point sur lequel la controverse peut utilement s'engager; quoiqu'en vérité, les motifs de décider qui se présentent à l'esprit lorsqu'il s'agit des débats législatifs et des graves intérêts qu'ils soulèvent, perdent singulièrement de leur force lorsqu'ils s'appliquent aux actes beaucoup plus modestes de la vie départementale ou municipale. Mais la loi n'est pas à faire par voie détournée et indirecte, et le conflit serait une institution dangereuse, détestable, si l'administration pouvait s'en servir, non pour assurer l'exécution des lois mais pour s'arroger à elle-même un véritable pouvoir législatif. Ce n'est donc pas par assimilation que l'exception de la loi de 1819 peut être appliquée aux conseils municipaux. L'analogie n'existe pas; existât-elle qu'elle ne suppléerait pas à un texte. Est-il vrai que ce texte puisse être celui de l'article 60 de la loi de 1789? En faveur de ce système, on avait invoqué la disposition de l'article 61 de la même loi. Aux termes de cet article, « tout citoyen actif pourra « signer et présenter contre les officiers municipaux la dénon- « ciation des délits d'administration dont il prétendra qu'ils se « seraient rendus coupables; mais avant de porter cette dé- « nonciation devant les tribunaux, il sera tenu de la sou- « mettre à l'administration ou au directoire du département, « qui, après avoir pris l'avis de l'admistration de district ou « de son directoire, enverra la dénonciation, s'il y a lieu, « devant les juges qui doivent en connaître. » Le recours à l'autorité judiciaire, disait-on, a été parfaitement prévu et réglé en ce qui touche les actes des administrations municipales : seulement, le législateur de 1789 l'a subordonné, dans l'article 61, à la justification de deux conditions : qu'il s'agirait d'un *délit d'administration*, c'est-à-dire d'une atteinte aux intérêts collectifs et généraux, et que l'autorité administrative serait au préalable juge de la valeur des griefs invoqués. Puisque l'article 61 ne prévoit que ces cas, c'est que la loi n'a pas entendu que la compétence judiciaire pût

Digitized by Google

s'étendre à d'autres espèces, et particulièrement aux poursuites contre les membres des conseils municipaux pour des griefs personnels aux citoyens. Eh quoi ! le législateur eût poussé assez loin l'inconséquence, pour laisser l'autorité judiciaire connaître des actes administratifs d'un caractère général, et il lui aurait refusé le droit de statuer sur les griefs personnels aux citoyens ! Le maire lui-même, car sous l'empire de la loi de 1789, pouvoirs exécutif et délibérant étaient compris sous cette dénonciation générique de corps municipal, le maire lui-même eût été à l'abri de toute poursuite à raison d'actes blessant personnellement tel ou tel citoyen ! Comment, c'est alors qu'on invoque si haut le principe tutélaire de la séparation des pouvoirs, que par une confusion complète de ces mêmes pouvoirs, la justice connaîtrait des choses d'administration et l'administration des choses de justice ! — Cet argument était donc sans valeur, et ne faisait que dénaturer une situation d'ailleurs parfaitement nette : dans l'article 60, établissement du recours basé sur la hiérarchie administrative, contre les actes administratifs lésant les intérêts privés; — Dans l'article 61, faculté de poursuites contre les agents de l'administration à raison d'actes de leurs fonctions, mais soumise au préalable à l'autorisation administrative. Deux règles très-rationnelles, très-précises, laissant absolument en dehors de leur application les questions touchant au fonctionnement de la justice ordinaire dans la plénitude de sa compétence.

L'autorité judiciaire n'avait cessé d'affirmer ces principes dans les jugements et les arrêts les plus fortement motivés, principes tellement incontestables qu'il faut chercher en dehors d'une querelle de texte, d'une interprétation purement doctrinale, la cause de la longue résistance du Conseil d'État. Pour nous, le mobile qui inspirait sa jurisprudence, n'était pas étranger au désir, que nous avons indiqué plus haut, d'assurer d'une façon générale, aux membres des assemblées politiques ou administratives dans l'exercice de leurs attributions, la plus complète liberté d'appréciation et de langage. Même à ce point de vue, nous n'hésitons pas à nous féliciter de la nouvelle jurisprudence. Si de telles immunités ont dû être établies au profit de la tribune parlementaire, c'est qu'il fallait compter avec des nécessités d'un ordre

Digitized by Google

supérieur, absolument étrangères aux petites questions qui s'agitent dans les conseils municipaux; c'est aussi et surtout que la solennité même de la tribune, la gravité des discussions, le caractère des membres des assemblées politiques étaient le premier et le plus sûr garant de la stricte observation des convenances, du respect dû à l'honneur, à la considération des personnes. Qui pourrait affirmer que ces garanties se retrouveraient au même degré dans le sein des conseils communaux? Sur le terrain des passions locales, l'ardeur est d'autant plus vive qu'elle est moins tempérée par l'éducation, moins contenue par la perspective d'une répression possible. Pour elle l'impunité est une tentation bien forte, qui trop souvent la conduit à l'abus. D'ailleurs, il est bon que du haut en bas de l'échelle sociale, chacun éprouve le sentiment de sa responsabilité, comprenne les devoirs qu'elle lui impose, et se persuade enfin que la vraie liberté ne se sépare pas de l'obéissance aux lois établies ni du culte de la justice.

La nouvelle jurisprudence marque donc un progrès véritable, une conquête du droit et de l'équité. Le décret qui l'inaugure a été rendu sur les conclusions conformes de M. le commissaire du gouvernement Laferrière, et au rapport de M. le conseiller Brésillon. Son importance est trop réelle, pour que nous ne le reproduisions pas en terminant :

« Considérant que dans sa séance du 23 octobre 1870, la « commission municipale de la commune de Fréjus a pris « une délibération dont le sieur Taxil relève les termes « comme renfermant des imputations portant atteinte à son « honneur et à sa considération, et qu'à raison des motifs de « cette délibération laquelle, en outre, a été rendue publique « par voie d'affiches et d'insertion dans un journal, ledit sieur « Taxil en a poursuivi les signataires devant le tribunal cor- « rectionnel de Draguignan, à l'effet de les faire déclarer « coupables de diffamation et condamner à des dommages- « intérêts ;

« Considérant que le préfet du département du Var, par « son arrêté de conflit, revendique pour l'autorité adminis- « trative la connaissance de cette action ;

« Considérant qu'aux termes de l'article 2 de l'ordonnance « du 12 juin 1820, il ne peut être élevé de conflit en matière « correctionnelle que lorsque le délit est attribué par une dis-

Digitized by Google

« position législative à l'autorité administrative, ou lorsque « le jugement à rendre par le tribunal dépend d'une question « préjudicielle dont la connaissance appartient à l'adminis- « tration ;

« Considérant que si, aux termes de l'article 60 de la loi des « 14-22 décembre 1789, tout citoyen qui croit être person- « nellement lésé par quelque acte du corps municipal « pourra « exposer ses sujets de plainte à l'administration ou au « directoire du département qui y fera droit sur l'avis de « l'administration de district qui sera chargée de vérifier « les faits », le législateur, par cette disposition, n'a entendu « déférer à l'autorité administrative que les réclamations « tendant à faire annuler l'acte incriminé; mais que l'article « précité ne saurait porter atteinte au droit de poursuite, « devant la juridiction correctionnelle, de délits prévus par « la loi pénale; que, par suite, les délits de diffamation, « encore qu'ils aient été commis dans un acte administratif, « sont de la compétence de l'autorité judiciaire, conformé- « ment aux règles du droit commun édictées par les dispo- « sitions susvisées des articles 1, 3, 179 et suivants du Code « d'instruction criminelle, 13 et 18 de la loi du 27 mai 1819; « l'arrêté de conflit est annulé. »

II

Ces principes une fois proclamés, il fallait les accepter avec leurs légitimes conséquences. Or, la diffamation pouvait se rencontrer avec un caractère également répréhensible, non-seulement dans les délibérations des conseils municipaux, mais aussi dans certains actes des agents de l'administration, dans des arrêtés préfectoraux, par exemple. Que décider à l'égard de ces derniers? Question d'autant plus intéressante qu'elle soulevait, on le voit, l'examen et l'application des résultats de la suppression de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Sous l'empire de cet article, en effet, pas de difficultés possibles. Les tiers lésés ne pouvant actionner les agents de l'administration à raison des faits relatifs à leurs fonctions, qu'après en avoir obtenu l'autorisation du gouvernement, si l'autorisation était refusée, la poursuite n'avait pas lieu; dans le cas contraire, il ne pouvait s'agir d'élever le conflit, l'autorisation étant la reconnaissance implicite de la

Digitized by Google

compétence judiciaire. Le bénéfice de l'abrogation de l'article 75 eût été paralysé, cette abrogation n'eût constitué qu'une mesure illusoire, si l'administration avait pu obtenir indirectement, par la voie du conflit, le maintien de son ancien privilége. Il y avait donc là une situation qu'il importait de marquer avec un judicieux discernement. Tel a été l'objet de deux décisions rendues à la date du 7 mai 1871 sur deux conflits élevés par le préfet de Maine-et-Loire. Il n'est pas inutile d'indiquer rapidement dans quelles circontances.

Le préfet de Maine-et-Loire, le sieur Engelhard, ayant à nommer le titulaire d'un bureau de tabac, à Angers, avait jugé à propos d'insérer dans les motifs de son arrêté de nomination un considérant injurieux pour la mémoire de l'ancien titulaire, le sieur Dune. Cet arrêté avait reçu une grande publicité et avait été reproduit dans plusieurs numéros du journal *la Démocratie de l'Ouest*. La veuve du sieur Dune avait cité le préfet et le gérant du journal devant la juridiction correctionnelle pour s'entendre condamner à lui payer solidairement une somme de 20,000 francs à titre de dommages-intérêts, et à supporter les frais d'insertion dans les journaux et d'affichage dans tout le département du jugement à intervenir, sous réserve du droit de poursuivre devant l'autorité compétente la nullité de l'arrêté renfermant les mentions incriminées.

Dans la deuxième espèce, il s'agissait d'une suppression de journaux. Le même préfet de Maine-et-Loire avait supprimé *l'Union de l'Ouest* et *l'Ami du peuple* par un arrêté dans lequel il était indiqué que les gérants, les sieurs Stofflet et de Cumont, excitaient leurs concitoyens à la guerre civile, se rendaient coupables de connivence avec l'ennemi, trahissaient la patrie en danger. L'arrêté avait reçu une grande publicité.

Les sieurs Stofflet et de Cumont estimant que ces allégations étaient diffamatoires et portaient atteinte à leur considération, avaient assigné le sieur Engelhard devant la juridiction correctionnelle.

Dans les deux espèces, le préfet avait décliné la compétence de l'autorité judiciaire et avait élevé le conflit en se fondant sur ce que les tribunaux correctionnels ne pouvaient prononcer sur les demandes dont ils étaient saisis, sans connaître des actes administratifs qui leur avaient donné naissance.

Digitized by Google

Cette théorie a été solennellement repoussée et le conflit annulé. Comment en effet soustraire la connaissance d'un semblable litige aux tribunaux ordinaires ? Serait-ce en invoquant le principe de la séparation des pouvoirs, ainsi que l'avait fait le préfet, dont l'arrêté de conflit visait la loi du 23 décembre 1789 (art. 7), celle du 24 août 1790 (titre 2, art. 13) et le décret du 16 fructidor an III ? Mais quelle est au vrai la portée de ces dispositions ? Couvrir d'une telle protection l'acte et la personne du fonctionnaire, qu'il soit à l'abri de toute recherche devant l'autorité judiciaire, et puisse, en tout état de cause, se retrancher derrière son inviolabilité ? Étendre à ce point la règle de la séparation des pouvoirs, ce ne serait pas assurer la légitime indépendance de l'administration, ce serait l'investir d'un exorbitant et monstrueux privilége, immoler les droits individuels au bon plaisir et à l'omnipotence des gouvernants. Tel ne pouvait être, tel n'a pas été l'esprit des lois invoquées à l'appui du conflit. Assurer le libre fonctionnement des rouages administratifs en protégeant les actes de l'administration, en déniant à l'autorité judiciaire la faculté d'en atténuer, d'en arrêter, d'en modifier les effets, voilà ce qu'elles ont voulu, ce qu'elles ont établi, en proclamant « *que les administrateurs « des départements ne pourraient être troublés dans l'exercice « de leurs fonctions par aucun acte du pouvoir judiciaire; que les « juges ne pourraient à peine de forfaiture, troubler de quelque « manière que ce soit les opérations des corps administratifs, « ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs « fonctions;... que défenses itératives étaient faites aux tribu- « naux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce « qu'ils puissent être.* »

Mais là s'est bornée la sollicitude de l'Assemblée constituante et de la Convention. L'acte administratif sauvegardé, ses effets et ses conséquences assurés, l'intérêt supérieur de l'administration avait reçu toute la satisfaction à laquelle il pouvait prétendre. Quant aux délits de droit commun, aux infractions individuelles du fonctionnaire violant les prescriptions légales, à quel titre les couvrir de la même protection ? L'intérêt primordial et supérieur de la justice voulait au contraire qu'aucune immunité ne les pût jamais soustraire à l'application des lois répressives du pays; et c'était pour rendre

Digitized by Google

hommage à ce sentiment que le législateur, loin de se préoccuper de la personne même des agents administratifs, supprimait au contraire les juridictions exceptionnelles instituées par l'ancien régime pour connaître des crimes et délits dont ils avaient pu se rendre coupables, et attribuait une compétence exclusive aux tribunaux de droit commun. Tel fut l'objet d'une série de dispositions insérées dans le Code pénal et le Code d'instruction criminelle. Telle fut aussi la prescription formelle de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, qui subordonnait, il est vrai, la poursuite à l'autorisation préalable du Gouvernement, mais déclarait que la poursuite, une fois autorisée, aurait lieu devant les tribunaux ordinaires. La garantie administrative était destinée à prévenir l'abus des poursuites, elle n'avait pas pour effet de supprimer les poursuites, encore moins de modifier l'attribution de compétence établie par la loi. Cette garantie une fois supprimée, l'article 75 mis à néant, comment vouloir restreindre le droit désormais absolu de chaque citoyen de saisir de sa plainte l'autorité judiciaire, et d'actionner devant elle les administrateurs coupables de crimes ou délits commis dans l'exercice de leurs fonctions? L'immédiate conséquence de l'abrogation de la garantie administrative, c'est précisément la reconnaissance la plus complète du libre exercice de ce droit, en dehors de toute entrave, de toute restriction. Sans doute, si l'action engagée devant les tribunaux tendait à faire prononcer la nullité de l'acte administratif dont les termes sont incriminés, à en attaquer les conséquences, à en restreindre la portée, on s'expliquerait la possibilité de la revendication du litige au profit de l'autorité administrative. Une telle action, en effet, compromettrait le principe de la séparation des pouvoirs, amènerait la confusion et justifierait l'intervention de l'arrêté de conflit.

Mais dans les affaires que nous citons de quoi s'agissait-il? De porter atteinte aux arrêtés préfectoraux ordonnant la suppression des journaux en question, ou nommant le titulaire de tel ou tel bureau de tabac? Nullement. Ces arrêtés subsistent, avant comme après la poursuite; les mesures qu'ils édictent sortent leur plein et entier effet; ils sont pris dans la limite des pouvoirs de l'autorité préfectorale : à l'administration, et à l'administration seule d'en appré-

Digitized by Google

cier le mérite et l'opportunité. Mais ce qui appartient à l'autorité judiciaire, ce qui ne peut lui être enlevé, c'est le droit de rechercher si dans ces actes mêmes, dans leur contexte, dans les motifs qui les ont inspirés, dans les considérations sur lesquelles ils sont basés, ne s'est glissé aucun délit, ne se cache aucun fait répréhensible ouvrant la porte à une action correctionnelle, à une instance devant le tribunal de droit commun. Voilà la conséquence logique, forcée de la suppression de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII : conséquence qui n'a sans doute pas échappé à la perspicacité des adversaires de cette disposition législative, et à laquelle on ne saurait désormais se soustraire, malgré les dangers et les inconvénients qui en peuvent résulter à un moment donné. Dangers réels, d'ailleurs, et dont il est bien difficile de se désintéresser. Sans doute, lorsque l'imputation diffamatoire et calomnieuse est absolument distincte des véritables motifs de la décision administrative, lorsqu'elle peut s'en détacher sans entraîner la chute même de l'acte administratif, qu'elle est simplement juxtaposée à cet acte, auquel elle ne se rattache que par une connexité matérielle, l'autorité judiciaire en peut connaître sans empiéter sur le domaine de l'administration. Dans l'acte reproché, il y a en effet deux parties parfaitement distinctes et étrangères l'une à l'autre : la décision administrative avec ses motifs véritables, l'imputation diffamatoire inspirée par d'autres sentiments, greffée, pour ainsi parler, sur le surplus de l'acte qui n'en reste pas moins un tout complet et homogène, que cette addition délictueuse en soit ou non retranchée. Le pouvoir judiciaire s'empare de ce délit, il le juge dans la plénitude de ses droits, il l'absout ou il le condamne, sans que le pouvoir administratif puisse en ressentir la moindre atteinte, le moindre froissement, sa décision véritable restant debout et intacte, avant comme après l'instance judiciaire. C'est, pour prendre un exemple immédiat, ce qui se présentait dans l'affaire Dune. Quel était le droit du préfet? Nommer le titulaire d'un bureau de tabac. Cette nomination, il la faisait au profit de qui bon lui semblait, en s'inspirant de tels motifs qu'il jugeait convenable : voilà l'acte administratif, le voilà tout entier. — Mais à côté de cet arrêté, ainsi rendu dans l'étendue des prérogatives qu'il tenait de la loi,

Digitized by Google

le préfet, à l'occasion de cette nomination, imagine de flétrir la mémoire de l'ancien titulaire. Cette flétrissure, en quoi se lie-t-elle intimement à l'arrêté? Elle n'est ni la cause, ni le motif, ni la raison d'être de la nomination du sieur Maige. C'est un élément étranger à cet acte d'administration qu'il a plu au sieur Engelhard d'y introduire, qu'il n'a pu retenir qu'à ses risques et périls, et qu'à son tour l'autorité judiciaire peut, sans le moindre inconvénient, détacher de la décision avec laquelle il n'a qu'une connexité factice. — Mais si au contraire l'imputation prétendue diffamatoire constitue l'essence même de la décision, si c'est le motif qui, à tort ou à raison, a dicté l'acte du préfet, s'il fait corps avec lui, s'il n'en peut être détaché sans que l'acte lui-même n'ait plus de raison d'être et de subsister : en un mot, si l'allégation considérée comme injurieuse et outrageante n'est que le résultat du droit d'appréciation qui appartient légitimement au fonctionnaire, que faudra-t-il décider? En matière de presse, par exemple, le préfet avait incontestablement le droit de suspendre, de supprimer tels ou tels journaux : or, comment imaginer un arrêté de suppression dont les motifs ne seraient pas presque toujours diffamatoires, tout au moins de nature à porter atteinte à la considération des journalistes ainsi frappés? Le préfet peut s'abandonner à des appréciations inexactes ou injustes, mais en définitive, rentrant dans l'exercice légitime de son droit : comment dès lors permettre aux tribunaux de s'emparer de l'acte administratif, d'en examiner la portée substantielle, d'en scruter les intentions, sans violer le principe fondamental de la séparation des pouvoirs? On ne peut méconnaitre qu'il y ait là une situation pleine de délicatesse, et l'on s'explique assez volontiers qu'on ait songé à une distinction et à réserver pour l'autorité administrative, à l'exclusion de l'autorité judiciaire, préalablement à tout jugement sur le fond de l'instance, la solution de la question préjudicielle de savoir si la partie incriminée de l'acte administratif est un élément substantiel de cet acte ou au contraire ne s'y rattache qu'indirectement et d'une façon purement matérielle.

De prime abord, cette distinction peut avoir pour l'esprit quelque séduction. Cependant comment ne pas être frappé des inconvénients auxquels aboutirait fatalement un semblable

Digitized by Google

système? N'est-il pas évident que ce serait rétablir, sous une forme détournée et incidente, l'article 75 de la Constitution de l'an VIII? Et ne serait-ce pas donner gain de cause aux adversaires de la juridiction administrative, et justifier ces inquiétudes qui, hier encore, se faisaient jour jusqu'à la tribune de l'Assemblée nationale [1]? « Je crains bien, disait « un orateur que par une pente insensible et sans scandale, « la justice administrative, si elle est conservée, ne rende tôt « ou tard la vie à l'article 75 de la Constitution de l'an VIII !...» Et continuant le développement de sa pensée, il signalait comme un péril menaçant, le système des conflits!

Et en effet, il faut le reconnaître, sous prétexte de prononcer sur une question préjudicielle, l'autorité administrative statuerait en réalité sur le fond même de l'affaire. De même qu'en vertu de l'article 75, elle pouvait empêcher toute poursuite, de même, en vertu de son droit d'examen préjudiciel, il lui serait loisible de faire échec à toute répression correctionnelle en décidant que le motif sur lequel se fonde l'action fait partie inhérente et indivisible de l'acte administratif. Que deviendraient alors cette garantie des droits privés, cette vive sollicitude qui ont entraîné la suppression de l'article 75? Il est vrai, la solution, au lieu d'être élaborée dans la section de législation et de revêtir un caractère purement administratif, serait entourée des garanties plus solennelles de l'instruction suivie devant le contentieux du Conseil d'État: comme sauvegarde de leurs droits, les parties auraient les avantages d'une discussion publique, de l'intervention du commissaire du gouvernement, du contexte plus étendu et plus motivé d'une décision contentieuse. Ces avantages sont réels, efficaces : suffiraient-ils aux adversaires de l'article 75, et constitueraient-ils véritablement la satisfaction ambitionnée par ceux qui en ont poursuivi et obtenu l'abrogation? A vrai dire, nous n'osons pas l'espérer. Au surplus, et pour rester sur le terrain de la législation actuellement existante, il est manifeste qu'il n'y a pas ici de question préjudicielle dont la connaissance appartienne à l'administration, dans le sens de l'art. 2 de l'ordonnance de 1828. Il n'y a pas davantage de délit dont la répression soit attribuée à l'autorité adminis-

[1] *Journal officiel* du 20 février 1872, discours de M. Lefèvre-Portalis.

Digitized by Google

trative par une disposition législative spéciale. La seule satisfaction que l'autorité administrative soit en mesure de donner aux parties lésées, serait l'annulation de l'acte administratif, sa réformation par la voie hiérarchique. Nous avons démontré à propos des poursuites contre les membres d'un conseil municipal, que ce n'est pas là ce qu'a entendu le législateur lorsqu'il a prévu la *répression du délit*. Il n'existe nulle part de texte qui établisse une juridiction administrative ayant compétence pour frapper de peines correctionnelles le fonctionnaire administratif coupable de diffamation commise dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions. Il faut donc reconnaître, avec la jurisprudence créée par les décisions que nous venons de rapporter, que c'est à l'autorité judiciaire seule à apprécier le caractère des imputations reprochées, à leur donner la qualification légale qu'elles comportent et, le cas échéant, à réprimer le délit. Est-ce à dire que la rigueur du principe de la séparation des pouvoirs ne sera pas exposée à quelques atteintes? Ces atteintes sont réelles, et nul ne les pourrait d'ailleurs conjurer. A cette limite extrême et particulière des deux domaines administratif et judiciaire, la ligne de démarcation ne se peut tellement accentuer qu' aucune confusion ne soit possible : la balance doit forcément incliner dans un sens ou dans l'autre. Nous ne croyons pas que la jurisprudence du Conseil d'État ait manqué de prudence et de libéralisme en s'en rapportant à la sagesse des tribunaux du soin de concilier les égards dus à l'honneur des citoyens avec le respect des prérogatives légitimes de l'administration. AM. BURIN DES ROZIERS.

HISTOIRE ET CRITIQUE

DES RÈGLES SUR LA PREUVE DE LA FILIATION NATURELLE,

en droit français et étranger.

Par Paul BARET, docteur en droit [1].

IIIe PARTIE. — De la preuve de la filiation naturelle en droit étranger.

Un exposé du droit étranger ne doit pas se restreindre aux

[1] (Cet exposé est emprunté à un ouvrage que M. Baret se propose de publier sur ces matières et dont il a bien voulu nous offrir la primeur.)

Digitized by Google

lois de cinq ou six grands peuples, car un petit nombre de lois ne peut présenter qu'un petit nombre de systèmes; or, en matière de critique, il est de la dernière conséquence de connaître tous les avis, d'être au fait de toutes les expériences.

Nous essayerons d'exposer trente législations, actuellement en vigueur, soit en Europe, soit en Amérique. Nous le ferons sommairement, réservant pour la quatrième partie de ce travail l'examen critique de ces lois et de la nôtre.

CHAPITRE Ier. — CLASSIFICATIONS GÉNÉRALES DES LOIS ÉTRANGÈRES.

Première classification. (Au point de vue de la forme.)

1° Lois codifiées :

Europe. — 1° Autriche; 2° Bade (grand-duché de); 3° Belgique; 4° Hollande; 5° Iles ioniennes; 6° Italie; 7° Norwége; 8° Pologne; 9° Prusse; 10° Roumanie; 11° Serbie; 12° 14 cantons suisses [1].

Amérique — 13° Bolivie; 14° Haïti; 15° Louisiane.

2° Lois non codifiées : — 1° Angleterre et États-Unis; 2° Espagne; 3° Portugal.

Deuxième classification. (Au point de vue de la date [2].)

1° Lois antérieures au Code français :

1° Norwége	1687
2° Bâle (loi spéciale)	1719
3° Bavière	1756
4° Prusse	1794

2° Lois postérieures au Code français :

1° Autriche	1812
2° Vaud	1819
3° Louisiane	1824
4° Berne	1826
5° Lucerne	1832
6° Saint-Gall (loi spéciale)	

[1] Y compris ceux de Bâle et de Saint-Gall : s'ils n'ont pas, que je sache, un Code civil général, ils ont du moins une loi complète sur la matière.

[2] Nous ne parlons ici que des lois codifiées; une législation non codifiée, à proprement parler, n'a pas de date, elle est de tous les temps, car elle se développe et se transforme chaque jour. — La date que nous indiquons est ordinairement celle de l'époque à partir de laquelle la loi a été exécutoire.

Digitized by Google

7° Fribourg	1836
8° Hollande	1838
9° Tessin	
10° Iles ioniennes	1841
11° Soleure	1842
12° Bolivie	1843
13° Serbie	1844
14° Argovie	1848
15° Glaris	1852
16° Neufchâtel	1854
17° Zurich	
18° Valais	1855
19° Roumanie	1864
20° Italie	1866

Troisième classification. (Au point de vue du fond.)

1° Code français : — Intact[1] : 1° Belgique; 2° Genève; 3° Haïti (depuis 1825).

D'abord intact, puis augmenté de quelques additions : 1° Bade (grand-duché de); 2° Pologne (en 1825).

2° Lois où l'on trouve des emprunts faits au Code français : — 1° Louisiane; 2° Hollande; 3° Iles ioniennes; 4° Bolivie; 5° Neufchâtel; 6° Valais; 7° Roumanie; 8° Italie.

3° Lois qui portent la trace de l'influence du Code français, quoiqu'elles n'aient rien emprunté au texte : — 1° Tessin; 2° Serbie.

4° Lois originales : — 1° Autriche; 2° Codes d'Argovie, de Berne, de Fribourg, de Glaris, de Lucerne, de Soleure, de Vaud, de Zurich, et loi spéciale de Saint-Gall.

Il y a soixante-dix ans, on avait ainsi à classer nos coutumes; le Code les a remplacées, une seule loi tient lieu de soixante. A l'étranger, comme chez nous, les coutumes ont fait place à des Codes, et même on a vu naguère plusieurs Codes se fondre en un seul : le Code sarde, le Code des Deux-Siciles, le Code de Modène, le Code de Parme, Plaisance et Guastalla, ont été remplacés par le Code italien.

Ce n'est pas seulement en chaque pays que se fait l'unité,

[1] Pour ce qui est de notre matière.

Digitized by Google

c'est encore entre toutes les législations. Notre Code a été l'instrument de cette révolution : on a pu le remarquer dans les tableaux que nous avons présentés, quinze législations, en Europe ou en Amérique, ont copié ou imité ce Code, et ces emprunts qui n'ont pas été faits sans de sages corrections, nous serviront à corriger notre Code lui-même. Ainsi se fait l'unité dans les lois, et l'unité la meilleure, celle qui résulte de la propagation des meilleures lois librement acceptées par tous.

CHAPITRE II. — DES PREUVES DE LA FILIATION NATURELLE SIMPLE.

SECTION 1re. — DES PREUVES AUTRES QUE LE TÉMOIGNAGE ET LES PRÉSOMPTIONS DE L'HOMME.

§ 1er. — *Reconnaissance.*

1° *Règle générale et exceptions.* — La reconnaissance des enfants naturels par leurs père et mère est universellement admise. Cependant la loi de Bâle ne paraît avoir considéré la reconnaissance, même authentique, de la paternité, que comme un élément de preuve (art. 94 et 100 combinés) [1].

Il y a deux cas, dans la loi de Soleure, où le père naturel ne peut pas reconnaître son enfant. Je ne sais si le traducteur les a exactement indiqués; il est à peu près impossible de les comprendre. (Voy. art. 297 *in fine.*) Une autre loi de la Suisse, la loi d'Argovie, soumet la reconnaissance du père à une autorisation de sa commune :

1° Toutes les fois que la femme n'a pas l'action en déclaration de paternité (art. 223 et 227 comb.);

2° Si le père a été assisté comme indigent par la commune, et n'a pas remboursé; si la commune a déjà élevé un enfant de lui; s'il a à sa charge un enfant naturel (art. 226 et 227 comb.).

L'article 167 de la loi de Berne semble exiger la même autorisation dans tous les cas; en réalité, cette disposition signifie que le père ne peut pas, sans une autorisation de sa commune, se faire attribuer l'enfant, mais il peut avouer sa

[1] Dans notre ouvrage, nous donnerons en appendice, tous les textes de droit étranger qui se rapportent à notre sujet. On peut les trouver, pour la plupart, dans la *Concordance* de M. Anthoine de Saint-Joseph (2e édition), à laquelle nous renvoyons présentement le lecteur.

Digitized by Google

paternité, et l'on fera usage de son aveu contre lui, en agissant dans le délai, pour lui faire attribuer l'enfant. Ce qu'on lui interdit, c'est de prendre les devants, et de provoquer lui-même le jugement (art. 167 et 179 comb.). Ces articles manquent de clarté.

Suivant le Code hollandais (art. 339), la reconnaissance du père ne peut avoir lieu sans le consentement de la mère, tant qu'elle vit.

Enfin, la loi de Neufchâtel décide que, dans deux cas particuliers, la mère ne peut reconnaître son enfant qu'avec la permission du tribunal (art. 342). Cet article est très-obscur [1].

2° *Capacité requise.* — Une loi déclare le père incapable de faire une reconnaissance avant d'avoir atteint un certain âge : « La reconnaissance faite par un mineur ne sera valable qu'autant qu'il aura accompli sa dix-neuvième année. » (Code hollandais, art. 337). Rien de semblable pour la mère. En Bolivie, le mineur de vingt-cinq ans peut rétracter sa reconnaissance (art. 232).

3° *Formalités.* — Certaines législations n'exigent aucune formalité : tout aveu, même verbal, prouve la paternité ou la maternité ; s'il y a doute sur l'existence de l'aveu, les tribunaux vérifient, mais dès qu'il est certain qu'il y a eu un aveu, peu importe la forme. C'est ce que décident expressément les lois de Bavière, article 9; d'Autriche, article 163 (pour le père), et de Fribourg, article 224 (pour le père). Il en est de même en Espagne ; et, en l'absence de dispositions sur ce point, il faut certainement décider de même pour l'Angleterre, les États-Unis, la Prusse, la Serbie, la Roumanie, les cantons de Bâle (quant à la mère), de Berne (argument des art. 180 et 200, *nec obstat* art. 167), de Lucerne (argument des art. 90, 86 et 94), de Vaud (argument de l'article 196) et de Zurich.

Dans les autres pays, les formalités exigées peuvent se diviser en trois classes : un écrit quelconque, un acte authentique quelconque, un certain acte authentique.

Un écrit quelconque.— En Portugal, la reconnaissance du père doit être faite par écrit. En Bolivie, article 226, un acte

[1] Voy. à l'appendice, et la note sous l'article 241.

Digitized by Google

sous seing privé suffit pour la reconnaissance de la mère, mais il doit être rédigé en présence de deux témoins. Si la mère ne sait pas signer, l'acte sous seing privé est signé par un des témoins. La reconnaissance du père, par acte sous seing privé, doit être déposée entre les mains d'un officier public, article 229-3°, à moins qu'il ne s'agisse d'un testament olographe, article 229-4°, et encore le dépôt du testament olographe est exigé quand il contient une reconnaissance faite par un homme marié, article 230; disposition dont le motif m'échappe absolument.

Un acte authentique quelconque.—Voici les noms des pays où ce système est suivi : Hollande, article 336; îles Ioniennes, article 241 reproduisant l'article 334 du Code français; Italie, article 181; Neufchâtel, article 240 reproduisant l'art. 334 du Code français; Tessin, article 85; Valais, article 138, et Louisiane, article 221 reproduisant l'article 334 du Code français.

Un acte authentique déterminé. — En Norwége, la reconnaissance a lieu au moyen d'une publication à l'audience. Dans le canton d'Argovie, elle se fait devant le tribunal, article 222, et à Soleure, devant le président du bailliage, article 297 (pour le père). Dans la plupart des lois suisses, la femme doit déclarer sa grossesse à l'autorité publique, sous peine de perdre le droit d'agir contre le père. C'est une reconnaissance de maternité. Voyez : Argovie, article 216; Berne, article 173; Bâle, article 96; Fribourg, article 217; Lucerne, article 84; Saint-Gall, article 1er; Soleure, article 289-4°; Vaud, article 191; Zurich, article 285. Quelques-unes de ces lois nomment un curateur au ventre, à la suite de cette déclaration; l'identité de l'enfant est ainsi garantie : Argovie, article 217; Lucerne, article 84.

4° *Délais.* — L'article 222 du Code d'Argovie donne au père un délai d'un an, depuis la naissance de l'enfant, pour faire la reconnaissance [1]. Même décision dans la loi de Soleure, article 297.

A Neufchâtel, article 239, la reconnaissance ne peut pas avoir lieu avant la naissance de l'enfant. Elle est, au contraire, expressément permise avant cette époque par le Code

[1] La reconnaissance peut cependant avoir lieu en tout temps, lorsque la commune du père y consent, article 227.

Digitized by Google

italien, article 181, et par le Code de Bolivie, article 231. Les autres lois sont muettes sur ce point.

5° *Effets.* — La reconnaissance est irrévocable; cependant, en Bolivie, la révocation du testament qui contient la reconnaissance entraîne la nullité de celle-ci, article 229 et 230. La même loi permet au mineur de rétracter sa reconnaissance avant l'âge de vingt-six ans, article 232.

Enfin, plusieurs lois ont reproduit cette disposition du Code français (art. 337), que « la reconnaissance faite pen- « dant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant « naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que « de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci ni aux enfants « nés de ce mariage. » Voyez : Hollande, article 240; Valais, article 140; Bolivie, article 243. Le Code italien a été plus loin, mais dans un autre sens; il ne reproduit pas l'article 337 du Code français, mais il décide que cet enfant ne pourra pas être introduit dans la maison conjugale sans le consentement de l'autre époux, article 183.

. . . . . .

IVe PARTIE. — Examen critique des lois actuelles sur la preuve de la filiation naturelle, avec l'indication des réformes dont la loi française est susceptible.

CHAPITRE Ier. — DES PREUVES DE LA FILIATION NATURELLE SIMPLE.

§ 1er. — *Reconnaissance.*

1° *La valeur.* — Ceux qui ont donné la vie à un enfant naturel ont le devoir de le nourrir et de l'élever, l'enfant a droit à ces soins, à cette éducation; donc, lorsqu'une personne avoue sa paternité ou sa maternité, la loi doit s'emparer de son aveu, et lui imposer l'obligation de remplir ses devoirs envers son enfant. Quel serait en effet l'office de la loi, si elle n'assurait l'accomplissement de pareils devoirs?

Partout on a compris cette vérité : toutes les lois que nous connaissons admettent la reconnaissance. Cependant nous avons rencontré, dans quelques lois de la Suisse de singulières dispositions : on soumet la reconnaissance du père à l'autorisation de sa commune, quand elle serait exposée à supporter la charge de l'enfant [1]; comme s'il n'y avait qu'un

[1] Voy. ci-dessus, p. 4 de cet extrait.

Digitized by Google

intérêt pécuniaire en jeu! comme si le seul fait de la reconnaissance n'était pas une réparation! C'est ainsi que la loi du canton d'Argovie soumet à l'autorisation, dans certains cas, le mariage de l'homme nécessiteux [1]. L'esprit d'économie outrée est un trait caractéristique de l'organisation communale.

Mais l'homme n'est jamais certain de sa paternité; en se disant le père, il pourra nuire à la réputation d'une femme qui n'a jamais eu commerce avec lui; on peut craindre le scandale de plusieurs reconnaissances par le même homme;... aussi la loi de Hollande exige, comme nous l'avons dit, l'aveu de la mère. Dans la discussion de notre Code, on proposa successivement plusieurs systèmes: d'abord, la nécessité de l'aveu de la mère; puis, la validité de la reconnaissance, sous la condition que la mère ne désavouerait pas; enfin, le système dont l'article 336 est l'expression pénible et obscur: il n'est pas juste, a-t-on dit, que la mère ait le droit d'empêcher la reconnaissance, soit en refusant un aveu que peut arrêter la honte, la crainte de ne pas trouver d'établissement, ou l'intérêt de la paix du mariage (d'ailleurs, elle pourrait mourir avant d'avoir fait l'aveu), soit en méconnaissant, par vengeance, un homme qui l'a abandonnée [2]. Nous pensons que les auteurs du Code se sont arrêtés au meilleur parti, et que le droit de contester la reconnaissance, ouvert à toute personne intéressée, est, pour la femme, une protection suffisante.

2° *Capacité requise.* — Doit-on recevoir, sans condition d'âge, la reconnaissance d'un enfant naturel? Un acte de cette importance, qui crée un rapport de filiation, pourra-t-il être fait par un mineur? N'est-il pas à craindre qu'il soit arraché par séduction? N'est-ce pas avec raison que le Code hollandais interdit à l'homme, mineur de dix-neuf ans, de reconnaître un enfant, et que la loi de Bolivie permet au mineur de vingt-cinq ans de rétracter sa reconnaissance? Nous l'avons déjà dit, la reconnaissance n'est pas seulement un droit pour le père ou la mère, c'est un devoir impérieux; le mineur trouvera, dans l'authenticité, une protection utile, et dans les

[1] Article 72, en note sous l'article 226, à l'appendice.
[2] Voy. Fenet, X; notamment p. 84, 112 *in fine* et 157.

Digitized by Google

tribunaux, un secours suffisant contre l'obsession ou l'erreur [1].

3° *Formalités.* — Nous venons de parler de l'authenticité : l'intervention d'un officier public et de témoins, en assurant l'indépendance de la personne, garantit la sincérité de la reconnaissance; or, c'est un point qui intéresse : 1° l'enfant reconnu, car une reconnaissance mensongère peut lui enlever l'avantage d'être reconnu par son père véritable; 2° les tiers, par exemple les enfants de celui qui fait la reconnaissance, son conjoint [2], ses héritiers présomptifs; 3° enfin, l'ordre et la paix de la société.

Quant aux officiers publics qui recevront la reconnaissance, la loi n'en pouvait pas faire une énumération, mais peut-être eût-il été bon de poser une règle générale; par exemple, de décider que la reconnaissance peut être reçue, non-seulement par un officier de l'état civil ou par un notaire (ce qui résulte des textes), mais encore par tout officier public, lorsqu'elle se rattache à un fait dont il a le droit de s'occuper, à un acte de sa compétence.

4° *Délais.* — Notre Code ne dit rien de l'époque où l'on peut reconnaître un enfant. C'est une omission que le Code italien et le Code de Bolivie, copiés sur le nôtre, ont en partie réparée, en décidant que la reconnaissanse peut se faire avant la naissance de l'enfant. Cela est sage, car le père peut craindre de mourir auparavant, et la mère est exposée à mourir dans ses couches.

Cependant nous avons noté une loi étrangère, la loi de Neufchâtel, qui défend de reconnaître l'enfant avant sa naissance. Sans doute on peut dire que si l'enfant ne naît pas vivant, la reconnaissance révèle inutilement un fait qu'il aurait mieux valu taire; mais cette considération n'autorise pas le législateur à priver l'enfant du bénéfice éventuel de la reconnaissance. Elle est d'ailleurs utile à la société, car elle garantit que l'enfant, s'il naît vivant, ne sera pas abandonné. Enfin, la plupart des enfants naissent vivants. Dira-t-on que si l'homme craint de mourir avant l'accouchement, l'impossibilité de reconnaître l'enfant l'engagera à épouser la

[1] En ce sens, M. Demolombe, V, n° 387 *in fine.*

[2] L'article 337 ne le met pas à l'abri de tout dommage, même pécuniaire.

Digitized by Google

mère, et qu'ainsi l'enfant naîtra légitime? Mais, d'une part, il faudrait supposer que l'homme n'est pas actuellement marié [1]; et d'autre part, la femme pourrait ne pas consentir au mariage; enfin, l'âge des parties pourrait s'y opposer.

On trouve en Suisse deux lois qui n'admettent la reconnaissance du père, que dans un délai assez court à compter de l'accouchement. Si c'est dans le but de hâter les reconnaissances, le moyen est illusoire, car on laissera passer le délai, et l'on s'en excusera sur la brièveté de ce délai ; puis, on abandonnera des enfants auxquels il n'est plus possible de se rattacher par un lien légal, et l'on aura encore là une sorte d'excuse. Que s'il a paru qu'on jugerait mieux de la vérité des reconnaissances à une époqne voisine de l'accouchement, cette disposition est bien rigoureuse, et présente plus d'injustice que d'utilité. Du reste, le vrai motif de ces lois, c'est l'intérêt des communes : la reconnaissance du père, naturellement incertaine, exposera sa commune à contribuer à l'entretien de l'enfant. C'est pour cela que la loi de Bâle n'a fait, de l'aveu de la paternité, qu'un simple élément de preuve.

Si l'enfant naturel est mort, et n'a pas laissé de postérité légitime, admettra-t-on la reconnaissance? Pas une loi, que je sache, n'a touché ce point; c'est une regrettable lacune. Il faudrait, en la comblant, se garder de deux excès : de ce que la reconnaissance peut être une spéculation, il ne s'ensuit pas qu'on ait le droit de l'interdire absolument, et s'il est possible qu'elle soit désintéressée, ce n'est pas une raison pour l'admettre toujours. On pourrait l'interdire en principe, et l'admettre dans certains cas, par exemple s'il n'a pas été possible de la faire avant le décès, comme en cas d'absence, de maladie de l'esprit, etc., ou si on l'a faite dans l'ignorance du décès. Un fils naturel ayant péri à l'armée, sa mère le reconnut pour exempter un autre fils [2], il serait bien dur, dans un cas de ce genre, d'annuler la reconnaissance; aussi pourrait-on décider que la reconnaissance sera valable s'il est prouvé qu'on ne l'a pas faite dans le but de recueillir la succession de l'enfant.

[1] Nous ne supposons pas que la femme s'est mariée, car il ne pourrait pas être question de reconnaissance avant le désaveu du mari, et par conséquent avant la naissance (art. 314 *in fine*).

[2] Caen, 28 mai 1858; Sir., 58, II, 535.

Digitized by Google

5° *Effets.* — Il serait superflu d'écrire dans la loi que la reconnaissance est irrévocable : c'est une règle de bon sens, et l'exception qu'on y a faite en Bolivie, pour le mineur de vingt-cinq ans, ne paraît pas bien fondée. Admettrons-nous du moins, avec la même loi, que la révocation du testament emporte celle de la reconnaissance? Il est certain que le testateur entend rester le maître des dispositions de son testament, mais cela ne suffirait pas; ce qui est décisif, c'est qu'il peut se faire qu'il ait eu des doutes sur sa paternité, et que ces doutes se soient confirmés: il serait donc très-dangereux de maintenir la reconnaissance. Quant à la mère, si elle est sûre de sa maternité, elle peut n'être pas sûre de l'identité de l'enfant; c'est encore un motif suffisant pour ne pas maintenir la reconnaissance [1].

C'est une question difficile, en législation comme en droit positif, que de savoir si la reconnaissance peut être contestée par celui qui l'a faite. D'un côté, on dit qu'il n'est pas raisonnable de maintenir une filiation dont la fausseté pourrait être prouvée, ou même qui est fausse évidemment, d'après la nature des choses. D'autre part, on répond que l'auteur de la reconnaissance ne l'attaquerait que s'il y trouvait son avantage; que notre question n'a d'intérêt que si lui seul réclame contre la reconnaissance, par conséquent qu'on peut lui laisser les charges de cette filiation mensongère, et le punir ainsi de sa fausse déclaration [2].

Voici les raisons qui semblent devoir faire préférer la première opinion. D'abord, comprendrait-on qu'on maintînt la reconnaissance, quand son auteur n'a que quelques années de plus que la personne reconnue? Est-il dans nos mœurs d'infliger à titre de peine une filiation qui n'a rien de fondé? Et puis cela n'est pas sans danger, car les véritables parents de l'enfant, disposés peut-être à le reconnaître si la fausse reconnaissance n'avait pas été faite, ou si elle tombait, pourront s'abstenir et laisser le soin de l'enfant à cet

[1] En ce sens, M. Demolombe, V, n° 455 *in fine*. Cet auteur semble dire que le testament révoqué fournissant un commencement de preuve par écrit, la recherche de la maternité sera toujours possible, ce qui serait une considération en notre faveur. Mais la recherche ne sera permise que s'il y a en outre un commencement de preuve par écrit de l'identité (art. 341).

[2] Demolombe, V, n° 437.

Digitized by Google

étranger. Au contraire, permettre à l'auteur de la reconnaissance de la contester, c'est rendre à peu près impossible un marché que le système inverse facilite, l'achat à prix d'argent de reconnaissances mensongères; qui est-ce qui consentirait à payer, si l'auteur de la reconnaissance pouvait ensuite la contester?

Enfin l'article 337 de notre Code contient une sage disposition; on peut toutefois se demander s'il convient de l'appliquer au jugement qui, pendant le mariage déclare la paternité ou la maternité. Trois systèmes peuvent être proposés : 1° l'assimilation de la reconnaissance forcée à la reconnaissance volontaire; 2° la distinction formelle des deux cas; 3° une décision mixte qui donnerait au jugement un plein et entier effet, à moins que les commencements de preuve par écrit ou les éléments de la décision n'eussent été fournis à l'enfant pendant le mariage. Nous pensons, avec M. Demolombe (t. V, n° 466), que le seul système qui puisse efficacement assurer la paix du mariage, est l'assimilation des effets du jugement à ceux de la reconnaissance. Et même, à notre avis, la loi n'a pas assez fait à cet égard : d'après le Code italien, l'époux a le droit de s'opposer à l'introduction de l'enfant dans la maison conjugale. Cette disposition serait un complément utile de l'article. 337 du Code français.

PAUL BARET.

DES ASSURANCES SUR LA VIE

CONSIDÉRÉES AU POINT DE VUE FISCAL.

Par P. DELOYNES,
professeur de droit administratif à la Faculté de Douai.

(*Suite*[1].)

DEUXIÈME HYPOTHÈSE.

LE BÉNÉFICE DE L'ASSURANCE A ÉTÉ STIPULÉ AU PROFIT D'UN TIERS DÉSIGNÉ ET VIVANT AU MOMENT DU CONTRAT.

Cette seconde hypothèse soulève moins de difficulté que la première; les principes que nous avons déjà développés

[1] V. *Revue critique*, t. I, p. 84 (livraison de janvier 1872).

Digitized by Google

doivent *a fortiori* nous conduire à la même solution. La stipulation qui nous occupe rentre complétement dans le cas prévu par l'article 1121 du Code civil. Le tiers bénéficiaire acquiert immédiatement un droit certain; ce droit fait partie de son patrimoine, s'il vient à décéder avant l'assuré, il le transmet à ses héritiers; et ceux-ci l'acquièrent *jure hereditario*, comme tous les autres biens de la succession du bénéficiaire; ils doivent acquitter de ce chef les droits de mutation par décès, mais ils les doivent en leur nom personnel et non du chef de leur auteur.

Dans notre hypothèse, le tiers bénéficiaire ne doit pas acquitter les droits de mutation par décès; la stipulation faite à son profit constitue une offre : du jour où elle a été acceptée (elle peut l'être après la mort de l'assuré, Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, § 653), les droits du bénéficiaire remontent au moment même du contrat. Il devient, en vertu de cet effet rétroactif, le créancier personnel de l'assureur, l'assuré primitif est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur le bénéfice de l'assurance. Par conséquent lorsqu'au décès de l'assuré il touche la somme stipulée dans la police d'assurance, il reçoit sa propre chose en vertu d'un droit né dans sa personne. Cette décision résulte à la fois et de la nature du contrat d'assurance sur la vie et du but que se sont proposé d'atteindre les parties contractantes, comme nous l'avons déjà démontré.

On le voit, nous faisons ici purement et simplement l'application des principes qui nous ont servi à résoudre la première difficulté. Nous devons toutefois faire remarquer qu'en ce qui concerne notre seconde hypothèse toute controverse est impossible, et que notre solution est à l'abri des critiques que l'on nous oppose dans le cas où le bénéfice de l'assurance est stipulé au profit des héritiers de l'assuré.

Cette solution est acceptée par M. Garnier (*Répert. pér. de l'enreg.*, art. 1921, n° 6); elle a été consacrée par deux jugements, l'un du tribunal civil de la Seine, du 17 juin 1862, l'autre du tribunal civil de Saint-Quentin, du 11 mai 1864. Je puis encore invoquer en faveur de cette décision la solution donnée par l'administration de l'enregistrement le 13 février 1866, dans une hypothèse analogue : un donateur, en consentant une donation entre-vifs, impose à son donataire l'obligation de payer une certaine somme à

Digitized by Google

son décès à des personnes dénommées dans l'acte même de donation. L'administration reconnaît que les bénéficiaires de la donation secondaire en sont saisis du jour même de la perfection du contrat; un terme incertain a seulement été fixé pour le payement. Par conséquent au décès du donateur il ne s'opère aucune transmission; la créance déjà née et appropriée devient seulement exigible; il n'est donc pas dû de droit de mutation par décès. Cette hypothèse présente la plus grande analogie avec celle qui nous occupe en ce moment-ci; il faut donc la soumettre aux mêmes règles et dire que dans notre espèce comme dans celle prévue dans la solution du 13 février 1866, il n'est pas dû de droit de mutation par décès.

II.

DU DROIT PROPORTIONNEL DE DONATION.

S'il ne s'opère aucune transmission par décès au moment où le bénéficiaire d'une assurance sur la vie en recueille le montant, si l'administratiou de l'enregistrement ne peut pas en conséquence exiger le droit de mutation par décès, il faut cependant reconnaître que l'acte renferme une libéralité, une donation indirecte soumise aux règles du droit civil en matière de rapport et de réduction. Nous ne voulons pas aborder ici l'étude des graves controverses que soulève en cette matière l'application des principes du droit civil. Nous renfermant dans l'étude spéciale que nous avons entreprise, nous nous demanderons seulement si au point de vue fiscal l'administration de l'enregistrement doit percevoir le droit proportionnel de donation indépendamment du droit de 1 p. 100 établi sur l'enregistrement des polices d'assurances. Nous abordons ici la partie la plus délicate et la plus difficile de notre matière.

M. Garnier (*Rép. pér. de l'enregistrement*, art. 1921, n° 7) enseigne que l'administration de l'enregistrement peut exiger le droit proportionnel de donation, et cette solution ne lui paraît pas pouvoir faire l'objet d'une contestation. Voici comment il s'exprime sur ce point : « Cette libéralité donne ouverture « au droit de donation entre-vifs, si l'on soumet à l'enregis- « trement l'acte qui en forme le titre, c'est-à-dire la police « d'assurance. Le tiers est-il intervenu au contrat pour ac-

Digitized by Google

« cepter la stipulation faite à son profit, ou bien l'admi-
« nistration a-t-elle une preuve régulière que cette accep-
« tation a eu lieu au moment de l'enregistrement de la
« police, le droit proportionnel de donation sera immédiate-
« ment exigible indépendamment du droit d'assurance, et
« tous deux devront être liquidés sur la même valeur, c'est-
« à-dire sur la valeur de la prime à déterminer comme
« nous l'avons dit précédemment. L'administration, au con-
« traire, n'est-elle pas en mesure de justifier de l'acceptation
« du tiers, au droit proportionnel d'assurance il y aura lieu
« d'ajouter seulement le droit fixe de donation non ac-
« ceptée, sauf à exiger ultérieurement le droit proportion-
« nel lorsqu'on aura la preuve de l'acceptation. »

Bien que cette solution ne souffre, aux yeux de M. Garnier, aucune difficulté, nous ne pouvons partager son appréciation. Pour résoudre cette question, nous avons dû étudier avec soin l'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 23 déeembre 1862 que nous avons déjà cité plus haut, et cette nouvelle jurisprudence n'a fait qu'accroître nos hésitations, nos incertitudes; enfin, après de mûres réflexions, nous nous sommes arrêté à la doctrine que nous allons exposer.

La solution de cette difficulté est intimement liée à l'interprétation des articles 10 et 11 de la loi du 22 frimaire an VII. Ces textes sont ainsi conçus :

« Art. 10. Dans le cas de transmission de biens, la quit-
« tance donnée ou l'obligation consentie par le même acte
« pour tout ou partie du prix entre les contractants ne
« peut être sujette à un droit particulier d'enregistrement.

« Art. 11. Mais lorsque dans un acte quelconque, soit
« civil, soit judiciaire ou extrajudicaire, il y a plusieurs dis-
« positions indépendantes ou ne dérivant pas nécessairement
« les unes des autres, il est dû pour chacune d'elles et selon
« son espèce un droit particulier. La quotité en est déter-
« minée par l'article de la présente loi, dans lequel la dis-
« position se trouve classée ou auquel elle se rapporte. »

Ces textes, on le voit par leur seule lecture, ne posent pas expressément un principe général applicable à toutes les matières du droit, ils se contentent en quelque sorte de statuer sur des cas particuliers; pour en déduire une règle de dé-

Digitized by Google

cision, il faut renverser la disposition de l'article 11. La loi renferme donc un vice de rédaction; mais, hélas! c'est le sort presque habituel de toute notre législation fiscale. Nous pouvons cependant déduire de la combinaison de ces deux textes un principe général, et voici comment nous le formulerions. En principe chacune des dispositions renfermées dans un même acte est soumise à un droit spécial. Par exception, il en est autrement lorsqu'elles dépendent et dérivent nécessairement les unes des autres. Cette règle semble au premier abord d'une application facile ; mais dans la pratique elle a été la source de nombreuses difficultés, et l'on est loin d'être d'accord sur la portée qu'il faut donner à l'exception formulée dans le texte.

La Cour de cassation lui a longtemps donné une extension considérable. Elle a soumis à un droit unique non-seulement les dispositions dérivant de l'essence même de l'acte, mais toutes les dispositions diverses que la volonté des parties contractantes a réunies et combinées en un seul tout, qu'elles aient ou non avec le contrat principal un rapport quelconque. Les premières comprennent tous les contrats synallagmatiques; ils se composent de deux obligations corrélatives, mais il n'y a qu'un seul contrat. Dans cette catégorie rentrent les exemples donnés par l'article 10 de la loi de l'an VII : v. g. l'obligation contractée par l'acheteur de payer le prix au vendeur, l'obligation du locataire de payer au bailleur le prix de la location. Si telle était l'unique application de nos deux articles, il est évident qu'il était inutile de la formuler législativement. Aussi la Cour suprême avait-elle appliqué la même règle à l'opération mélangée de deux ou plusieurs contrats lorsque la volonté des parties les a réunis et combinés en un seul tout. Ainsi elle a décidé que les donations contenues dans un contrat à titre onéreux n'étaient pas assujetties à un droit particulier[1]. La donation dans ce cas est un contrat distinct, il est vrai; mais la volonté des parties l'a réunie à un contrat à titre onéreux, dont elle est devenue en quelque sorte l'accessoire. Supposons, par exemple, qu'une personne aliène un immeuble moyennant une rente

[1] Arrêts de la Cour de cassation, 21 juin 1843, 29 janvier 1850, 12 avril et 10 mai 1854, 19 août 1857.

Digitized by Google

viagère constituée au profit d'un tiers ou stipulée réversible sur la tête de celui-ci en cas de prédécès du constituant; il ne sera dû, selon cette jurisprudence, qu'un seul droit sur la rente viagère, mais le droit proportionnel de donation ne pourra pas être exigé.

Sous l'empire de cette jurisprudence, la solution de la question que nous nous sommes posée ne soulevait pas de difficulté sérieuse; la stipulation du bénéfice de l'assurance sur la vie au profit d'un tiers ou au profit des héritiers de l'assuré constitue une donation indirecte; elle est l'accessoire de l'obligation contractée par l'assuré de payer les primes, et dès lors une dépendance d'un contrat à titre onéreux et synallagmatique. Il ne devait donc pas être perçu de droit proportionnel particulier sur cette donation, indépendamment du droit d'assurance.

Mais la Cour de cassation a abandonné cette jurisprudence par l'arrêt des chambres réunies du 23 décembre 1862. Aux termes de cet arrêt solennel contraire à la jurisprudence antérieure de la chambre civile, on doit considérer comme une disposition indépendante la clause de l'acte de vente par laquelle la rente viagère constituée pour prix de l'aliénation est stipulée réversible en totalité sur la tête d'un tiers lors du décès du vendeur; en conséquence la donation éventuelle de la rente viagère doit être assujettie à un droit particulier. Jusqu'à cet arrêt des chambres réunies, la chambre civile de la Cour de cassation avait repoussé les prétentions de l'administration de l'enregistrement et cassé les jugements qui les avaient consacrées. Il nous faut donc examiner avec soin la jurisprudence nouvelle de la Cour suprême pour en déterminer aussi exactement que possible la portée.

La doctrine soutenue par l'administration de l'enregistrement se trouve très-bien résumée dans un considérant d'un jugement rendu par le tribunal de la Seine le 6 février 1856; nous y lisons :

« Attendu qu'il résulte des termes et du rapprochement « de ces deux articles (les art. 10 et 11 de la loi du 22 fri- « maire an VII) reliés l'un à l'autre par le législateur que « les dispositions qui ne peuvent dans un acte donner lieu à « des droits particuliers sont celles qui sont *de l'essence de* « *l'acte*, comme dans la vente l'obligation de payer le prix,

Digitized by Google

« dans le prêt l'obligation du remboursement, dans le bail « l'obligation de tenir la chose louée en bon état, et non pas « celles qui n'ont place dans l'acte qu'accidentellement et « accessoirement, comme l'est dans une obligation un cau- « tionnement ou tout autre acte émané d'un tiers ayant pour « but de donner des sûretés au vendeur ou créancier ; que « ces dispositions, encore bien qu'attachées à la disposition « principale comme condition indispensable, et sans laquelle « celle-ci n'aurait pas eu lieu, n'en constituent pas moins des « dispositions distinctes et indépendantes dans le sens des « deux articles précités, et donnent lieu conséquemment, « aux termes de l'article 11, à la perception des droits pro- « portionnels qui leur sont propres. »

Telle est la théorie formulée au nom de la régie de l'enregistrement; elle consiste à distinguer : 1° *les clauses essentielles d'un contrat, celles sans lesquelles il n'existerait pas*, v. g. dans la vente l'obligation de payer le prix; 2° *les conditions essentielles aux yeux des parties, celles sans lesquelles la convention n'aurait pas été conclue*, v. g. réversibilité sur la tête d'un tiers de la rente viagère stipulée comme prix de l'aliénation d'un immeuble. Aux premières seules elle applique nos art. 10 et 11.

Cette doctrine absolue formulée au nom de l'administration de l'enregistrement ne nous semble pas susceptible d'être accueillie; car, ainsi que nous l'avons déjà dit, elle restreint par trop la portée de nos articles, et elle aboutit à une proposition qu'il était tout à fait inutile d'écrire dans la loi. En tarifant la vente, le législateur n'a pas pu vouloir distinguer entre la transmission de propriété et l'obligation de payer le prix contractée par l'acheteur; il y a plusieurs obligations corrélatives, mais il n'existe qu'un seul contrat : l'administration ne peut exiger qu'un droit unique. Le législateur n'a pas pu vouloir, dans les articles 10 et 11, affirmer une vérité évidente par elle-même.

Aussi la Cour de cassation n'a-t-elle pas voulu accepter la doctrine absolue de l'administration; la chambre civile a cassé, par arrêt du 19 août 1857, un jugement rendu par le tribunal civil de la Seine le 30 avril 1856; et le tribunal de Versailles devant lequel l'affaire fut renvoyée, tout en donnant au fond gain de cause à la régie, a interprété en ces termes nos articles 10 et 11 (jugement du 20 juillet 1858):

Digitized by Google

« Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces prescrip-
« tions (art. 10 et 11) qu'en principe chaque disposition est
« soumise à un droit spécial et qu'il n'y a d'exception qu'en
« faveur de celles qui sont dépendantes et dérivent nécessai-
« rement d'autres dispositions comprises dans le même acte,
« telle que la quittance totale ou partielle du prix ou l'obli-
« gation totale ou partielle de payer le prix. »

Appelées à se prononcer sur le mérite de cette interprétation, les chambres réunies de la Cour de cassation ont rejeté le pourvoi dirigé contre ce jugement, mais sans formuler directement une interprétation de notre article 11. Elle a en conséquence décidé que la clause portant que la rente viagère stipulée comme prix de la vente sera réversible sur la tête d'un tiers constitue une disposition distincte et indépendante de l'acte, et doit, comme toutes les donations éventuelles, être soumise au droit de mutation lors de la transmission qui s'en opère au décès du vendeur.

Nous ne pouvons pas discuter ici cette nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation; une semblable étude nous entraînerait trop loin de notre sujet. C'est à tort, suivant nous, que l'on a cherché et cru trouver dans cette jurisprudence la solution du problème qui nous occupe; et alors même que l'on considérerait la doctrine de l'arrêt de 1862 comme conforme aussi bien à l'esprit qu'au texte de la loi, nous pensons que l'on en fait une application erronée en la transportant dans la matière des assurances sur la vie.

Que résulte-t-il en effet de cet arrêt solennel? Ce principe : chacune des dispositions renfermées dans un acte quelconque est passible d'un droit spécial. Par exception il en est autrement lorsqu'elles dérivent nécessairement du contrat principal : alors un seul droit peut être perçu sur ce contrat principal. Il n'est pas difficile de formuler la règle, mais il est difficile d'en déterminer l'application. Qu'entendre par des dispositions dépendantes? La Cour de cassation ne s'est pas expliqué sur ce point. Je crois cependant que l'on peut en donner la définition suivante : *une disposition dépendante est celle dont la nature même de l'acte explique l'insertion dans le contrat*; elles ne sont pas essentielles, autrement leur absence empêcherait le contrat de se former ou lui imprimerait un caractère différent, mais elles lui sont naturelles. L'administration

Digitized by Google

de l'enregistrement semble du reste se rallier à cette interprétation, comme nous allons le montrer par des exemples. Ainsi, je suppose que le vendeur d'un immeuble affermé sans bail écrit stipule que le fermier sera conservé pendant un temps déterminé et déclare garantir l'exact payement des fermages. Cette obligation ainsi mise à la charge du vendeur n'est certainement pas de l'essence de la vente, car son absence n'empêchera pas le contrat de se former et la vente d'exister; mais, comme l'obligation de garantie, elle est de la nature de la vente, et dès lors elle ne peut pas être assujettie à un droit particulier. C'est la solution qu'a donnée de cette difficulté l'administration de l'enregistrement à la date du 8 juillet 1867. Elle la motive en ces termes : « Lorsque, comme dans l'espèce, l'immeuble vendu est affermé « sans bail écrit, et que le vendeur oblige l'acquéreur à con« server le fermier pendant un temps déterminé, l'acquéreur « ne peut plus jouir de son immeuble que par la perception « des fermages. *Il est donc naturel* que le vendeur en garan« tisse le payement exact. Cet engagement du vendeur n'est « donc qu'une conséquence de l'obligation de garantie im« posée par la loi, et il est ainsi une condition de la vente. »

Je prends un autre exemple : Une femme intervient à l'acte d'aliénation d'un propre de son mari ; en se portant covenderesse solidaire, elle renonce à son hypothèque légale. Ce n'est pas un élément essentiel du contrat; mais une semblable clause lui est naturelle parce que l'acheteur écarte ainsi une cause possible d'éviction. Il ne sera pas dû de droit spécial. (Solution de l'administration de l'enregistrement du 2 mai 1868.)

Faisons maintenant l'application de ces principes aux assurances sur la vie en cas de décès et voyons les conséquences qui en découlent. Le bénéfice de l'assurance est attribué à un tiers ou aux héritiers ; on sait que pour nous le droit de mutation par décès n'est jamais exigible; il n'y a pas lieu par conséquent de distinguer ici entre ces deux hypothèses. Ils recueillent ce bénéfice *proprio jure* comme donataires et non *jure hereditario* en qualité d'héritiers acceptants. Nous devons donc nous demander si la stipulation ainsi faite au profit de ces tierces personnes est ou non de la nature du contrat d'assurance sur la vie. Posée en ces termes, la ques-

Digitized by Google

tion ne peut guère soulever de difficulté, et il me paraît impossible de ne pas la résoudre par l'affirmative; car l'assurance sur la vie est un acte de prévoyance, elle est contractée par une personne dans la crainte qu'un décès prématuré ne prive sa famille des ressources de son travail ou de son industrie personnelle. Le but que le contractant poursuit, c'est de protéger, d'assurer le bénéficiaire contre le dommage que lui causerait la réalisation de cette triste prévision. Or il est évident que, dans ces conditions, il ne veut ni ne peut stipuler à son profit personnel, il stipule directement au profit de celui dont la position l'intéresse; une semblable stipulation est de la nature du contrat d'assurance sur la vie en cas de décès. Ce n'est qu'accidentellement, exceptionnellement, dans des cas assez rares, ainsi que nous l'avons montré, qu'il stipulera au profit de sa succession. Mais en principe la nature même du contrat emporte l'idée que le bénéfice doit en être attribué à un tiers. Par conséquent, même en admettant la théorie consacrée par l'arrêt solennel de 1862, nous dirons : Le droit proportionnel de donation ne peut pas être exigé du tiers ou des héritiers bénéficiaires d'une assurance sur la vie.

En résumé nous dirons donc : L'administration de l'enregistrement ne peut pas soumettre les assurances sur la vie en cas de décès aux droits de mutation par décès parce qu'il y a transmission entre-vifs et non pas transmission par décès; elle ne peut pas davantage exiger le droit proportionnel de donation parce que la stipulation au profit d'un tiers est de la nature du contrat; elle ne peut percevoir que le droit de 1 p. 100 sur la police de l'assurance lorsqu'elle lui est présentée.

Nous ne nous sommes occupé que de l'assurance en cas de décès parce qu'en pratique elle est la plus fréquente; mais les parties peuvent, en vertu du principe de l'article 1134, modifier à leur gré les clauses de la convention. Il nous est impossible de prévoir ici toutes ces hypothèses qui peuvent se varier à l'infini, nous ne pouvons formuler à l'avance une solution qui leur soit applicable; notre but était d'établir les principes destinés à résoudre toutes les difficultés de la pratique; il suffira de faire l'application de ces règles aux diverses hypothèses qui se présenteront P. DELOYNES

Digitized by Google

LA PAROLE ET LA FORME DANS L'ANCIENNE PROCÉDURE FRANÇAISE.

Par Henri Brunner,
professeur de droit à l'Université de Lemberg.

Reproduit en français par M. Hecquet de Roquemont, docteur en droit,
président de chambre à la Cour d'appel d'Amiens.

(*Suite* [1].)

VI. Actes de procédure considérés isolément.

La méthode pratique prédominant dans les sources, elles ne se prononcent sur le sens juridique de la forme qu'à propos de tel ou tel acte de procédure et selon que l'occasion s'en présente. Encore se bornent-elles souvent à recommandmander l'observation de la forme sans dire ce qu'il en coûterait de l'enfreindre; de sorte qu'il est permis parfois de se demander s'il s'agit d'un précepte formel ou d'un simple conseil dicté par un esprit de régularité. Pour dissiper les doutes, il est nécessaire de rechercher les rapports de chacun de ces actes avec l'ensemble. Il est d'ailleurs impossible de se rendre un compte exact de l'influence du formalisme sur la procédure de cette époque, si les divers actes ne sont pas clairement envisagés dans leur sens juridique. Ceci nous conduit à les interroger pour mettre en évidence ceux d'entre eux où apparaît le formalisme. Loin de nous, néanmoins, la prétention soit de présenter un exposé systématique de cette procédure, soit d'épuiser le détail des formalités qui lui appartiennent.

1. *La demande.*

Destinée à former le point de départ de l'instance, la demande est soumise à des conditions légales dont l'omission, même partielle, entraîne nullité. *Qui viout fere sa demende, ne vaut riens sa demende, se ele n'est à droit dite* [2]. Ces conditions n'étaient pas et n'ont jamais été, d'une manière générale et absolue, des formules traditionnelles. Au contraire,

[1] V. *Revue critique*, t. I, p. 22 (livraison de décembre 1871); p. 158 (livraison de février 1872).

[2] *Li livres de justice et de plet*, liv. II, titre 14, § 2.

Digitized by Google

l'énoncé de la demande était, dans la règle, le fait de la partie. Dans certains cas seulement s'était fait sentir la nécessité d'y introduire des termes et locutions dont le développement successif amena des formules complètes. Ces sortes de demandes peuvent être à juste titre désignées sous le nom d'actions formelles, à cause de la forme à laquelle elles sont assujetties. Parmi elles figurent partout les actions de duel, c'est-à-dire celles où, pour preuve de ce qu'il avance, le demandeur offre le combat judiciaire. Il doit dire, en effet, *les moz par quoi bataille i soit* [1], debet dicere *verba duelli* [2], *verba appellum facientia* [3]. Dans une source du droit anglo-normand, l'appel est précisément défini : *Pleynte de homme fete sur autre ovek purpos de ly atteyndre de felonie par mots a ceo ordeyneez* [4]. En ce qui touche l'adoption et les formes du formalisme dans les autres actions, les coutumes diffèrent beaucoup entre elles. La Normandie est allée plus loin dans cette voie que les autres provinces de France, et elle-même y est dépassée par un droit émané d'elle, celui des Anglo-Normands. Il n'entre pas dans notre plan de recueillir tout ce que présentent sous ce rapport les sources du droit français. Nous nous bornerons à quelques exemples.

Pour l'action de meurtre, l'*Abrégé du livre des Assises de la Cour des bourgeois* contient quatre conditions formelles. Le demandeur doit présenter le cadavre à la Cour, pour lui faire voir la blessure qui a causé la mort. Dans la formule, il doit déclarer que le défendeur *a doné les cos à Johan* (la victime) *qui là est tout prezent, lequel yl a meurtri desloiaument et felenessement*. Pour le cas où l'adversaire nierait le fait, il offre le combat judiciaire en ces termes : *Je suis prest et apareillié de mostrer li de mon cors contre le sien et de rendre le mort ou recreant en une houre dou jour*. Enfin vient l'offre du gage de

[1] Cf. *Li livres de jostice et de plet*, XIX, 10, § 3, et les textes suivants : Et l'en dit que en tex paroles a bataille, *l. c.*, XIX, 7, § 2; Et l'en dit que tex moz font bataille, *l. c.*, XIX, 10, § 2; Et l'en dit que de tex moz nessent batailles, *l. c.*, § 3, XIX, 22, § 4; XIX, 24; Et de tel parole nest bataille, *l. c.*, XIX, 27, § 4.

[2] *Somma de legibus... Normannie*, II, 2, § 7.

[3] Bracton, 139 *b*. On lit également dans le § 57 de la *Compilatio de usibus Andegaviæ*, les « mouz de la bataille. »

[4] Britton (ed. Nichols), I, 97.

Digitized by Google

bataille : *Vessi mon gage*. L'action serait donc défectueuse et nulle, suivant la remarque expresse de l'*Abrégé :* 1° si le demandeur négligeait de présenter le cadavre à la Cour; 2° s'il omettait de faire mention des blessures, si apparentes qu'elles fussent (*que il n'eust en son clain fait mencion des cos dou murtre, encores fust il aparant*); 3° s'il s'était simplement déclaré prêt *à prover de son cors si con la Court esgardera*, si conséquemment, au sujet de l'administration formelle de la preuve, il s'en était rapporté à la décision de la Cour (*se couvrir du fait de la Court* [1]); 4° s'il avait omis l'offre du gage de bataille. Dans ces divers cas, le défendeur, après avoir nié le meurtre dans les formes de droit, pouvait se prévaloir de ce que le demandeur *n'auroit pas porseu son clain si comme il devoit*. La conséquence était le congé de la demande et la condamnation du demandeur, pour *fauce clamour*, à une amende de 7 sous et demi.

D'après le droit normand, toute action de nature à entraîner pour le défendeur la perte de la vie ou tout autre châtiment corporel devait, à peine de nullité, énoncer que le fait repris avait eu lieu *cum felonia in pace dei et ducis* [2]. Dans le droit anglo-normand, il en est de même. On lit dans Bracton [3] : *Cadit appellum, si non fiat mentio de pace domini regis;* et aussi : *Nullum appellum nisi fiat mentio de felonia facta.* Britton dit également que l'appel peut être argué de nullité *pur le omissioun de nostre pes enfreynte* [4], et en outre *pur le omissioun de autre parole de la substuance del apel*. Le mot *apeler* était substantiel, et par exemple il y avait nullité à dire *ceo vous mostre Jehan,* au lieu de *Jehan apele.*

A Orléans, l'action de *roberie* devait comprendre *le voir et le savoir*, en d'autres termes, le demandeur devait déclarer qu'il avait vu le fait ou trouvé le défendeur en possession de l'objet dérobé. A défaut de cette déclaration, le défendeur pouvait répondre : *Come cil ne die mie de savoir ne de voer... ne ne die mie qu'il m'ait veu sési de la chose... je ne li voil res-*

[1] *Abrégé,* p. II, ch. 26. — Comp. ci-après sur la couverture de Court le chapitre relatif aux Cautelles.

[2] *Somma de legibus Normannie,* II, 8, § 6.

[3] Bracton, fol. 141.

[4] Dans le droit saxon, l'action de duel doit mentionner que la paix a été enfreinte. V. Siegel, *Gefahr,* 9 et suiv.

Digitized by Google

pondre, se droiz n'est. L'addition des mots *se droiz n'est* est une cautelle pour se préserver des suites d'un refus absolu de répondre. Il est de droit qu'en pareil cas le défendeur n'a aucune réponse à fournir[1].

Le simple exposé du fait ne suffisait pas pour la régularité de l'action. Ainsi que l'a montré, pour l'action de meurtre, le passage précité de l'*Abrégé*, le demandeur devait en même temps se déclarer prêt à prouver ce fait si l'adversaire le niait. D'après *Li livre de jostice et de plet*, la demande devait, dans la règle, se terminer ainsi : *S'il le conoist, biau m'en est ; s'il le nie, je sui prez dou mostrer et de l'avérer*[2].... Les actions de duel devaient contenir l'offre expresse de la preuve *en champ et par bataille*. Autrement il suffisait en général de déclarer qu'on prouverait; quant au mode de preuve, on pouvait s'en remettre à la décision de la Cour. — Dans le droit normand, il y a des cas où le demandeur doit se présenter accompagné d'un témoin[3]. Il n'en invoque pas lui-même le témoignage. C'est le témoin qui, après l'énoncé de la demande, prend la parole pour assurer l'exactitude du fait. Si par exemple le demandeur a dit : *Ego queror de Titio, qui... in facie me percussit*, le témoin ajoute : *Hoc est verum, vidi et audivi et esgardium curie super hoc facere sum paratus*. Cette déclaration du témoin ne modifie nullement du reste la répartition des rôles en matière de preuve; elle constitue simplement une condition formelle de l'action. Le témoin a-t-il omis de prononcer le *vidi et audivi* ou d'offrir *se esgardium curie super hoc facturum*, cette omission de sa part entraîne la déchéance du demandeur[4]. La formule dont s'agit est celle des *actiones simplices*, c'est-à-dire de celles auxquelles le défendeur peut échapper au moyen de son propre serment corroboré par celui de compurgateurs, *per disresinam*[5]. Une

[1] *Li livres de jostice et de plet*, XIX, 11, § 3.

[2] *L. c.*, XIX, 3, § 1; 8, § 1; 10, § 2; 24, § 4.

[3] « Sciendum... quod quocienscunque hujusmodi querelæ inter pares deducuntur, actor testem habere tenetur vel decidet a querela. Summa II, 63, § 9. — Comp. *Compilatio de usibus Andegaviæ* § 6.

[4] Somma II, 19, § 6; 18, §§ 4 et 5.

[5] Cette circonstance que le demandeur présente sa demande avec l'assistance d'un témoin, et que néanmoins le défendeur recourt à la *disresina*, donne la clef du passage fréquemment cité de la somma II, 63, § 1 : « Et

Digitized by Google

autre formule est ainsi conçue : *Hoc vidi et audivi et paratus sum probare ad esgardium curiae.* Le témoin doit en faire usage dans les *grossis querelis*, à savoir celles qui aboutissent au combat judiciaire. Tout changement ou omission dans l'emploi de cette formule entraînerait également la nullité de l'action[1].

Lorsque, soit pour vice de forme, soit pour tout autre motif, mais toujours sur la réquisition du défendeur, la déchéance de la demande avait été prononcée, alors, en vertu de l'adage *fautes valent exploits*, le défendeur était pour toujours à l'abri de l'action. Elle ne pouvait plus être présentée même avec un changement de forme ou de motif. *Secundum consuetudinem Francie ex quo aliquis cadit a peticione sua secundum unum modum petendi, postmodum per alium modum petendi... non debet audiri.* Tels sont les termes d'un arrêt du Parlement de Paris, en date de 1260[2].

2. *La réponse.*

La réponse est le pendant exact et rigoureux de la demande[3]. Tant que le droit strict est resté en vigueur, le défendeur ne pouvait s'expliquer que mot pour mot sur les termes de la prétention adverse[4]. Autrement, il encourait la déchéance.

C'est dans les sources du droit normand que cette exigence est le plus nettement formulée. D'après les *Statuta et Consuetu-*

« quoniam facti proprii unusquisque presumitur scire melius veritatem, « desresina de facto, quod ei objicitur, conceditur insecuto. » En présence d'une *actio simplex* non appuyée de témoignage, le défendeur n'a nul besoin de la *disresina;* il n'a pas même à répondre. Comp. somma I, 64, § 5; II, 63, § 9. — Marnier, *Établissements et coutumes de l'échiquier de Normandie*, 45, de response. Si le défendeur ne veut pas s'affranchir par son propre serment, il peut requérir celui du témoin. *Etabl... de Norm.*, 29. — Konrad Maurer, *Procédure allemande de la preuve*, dans la *Revue critique* (allemande), V, 350.

[1] Somma I, 64, § 5.

[2] *Olim*, I, 470, n° 6.

[3] A l'époque du droit féodal, selon Schäffner, *Histoire du droit français*, III, 511, la réponse n'aurait pas été plus que la demande assujettie à une forme déterminée. Cette opinion, dans sa généralité, n'est admissible ni pour la demande ni pour la réponse.

[4] Comp., en ce qui concerne l'ancienne procédure allemande, Siegel, *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens*, I, 226 et suiv. — *Gefahr*, 11.

Digitized by Google

dines Normannie[1], le défendeur à une action *de hereditate disforciata* était obligé de contredire mot pour mot. Dans le recueil des jugements de l'échiquier de Normandie[2] figure, à la date de 1213, un litige où le défendeur, actionné pour paix enfreinte, *negavit verbo ad verbum et optulit se defendere sicut debebat*[3]. La *Somma de legibus*, passant en revue les actions pénales, rappelle le défendeur à l'observation de la même règle[4]. Ce formalisme régissait, bien qu'avec moins de rigueur, les actions simples du droit normand. Ainsi, en réponse à la demande appuyée, comme ci-dessus, page 33, de la déclaration d'un témoin, le langage imparti au défendeur était celui-ci : *Istam lesionem tibi non feci et iste qui super hoc testem se constituit nec vidit nec audivit quod paratus sum desresnare.* Il devait donc contredire, avec le fait qui servait de base à la demande, l'affirmation du témoin qui en faisait partie intégrante. Si, dans sa réponse, il n'avait pas tenu compte de cette affirmation, il encourait la déchéance, bien que celui qui nie l'existence d'un fait nie virtuellement que le témoin en ait rien pu voir ni entendre[5].

Cette nécessité de contredire mot pour mot n'était pas sans danger pour le défendeur, surtout lorsque, comme en matière pénale, il devait répondre sans aucun délai. De là l'institution de deux réponses distinctes, la première immédiate et affranchie de la forme, la seconde délibérée avec les conseils et soumise aux rigueurs du droit strict. De 1091 à 1095, les Comtes Gui et Yves en concèdent déjà le privilége au comté d'Amiens contre les exactions des *vicecomites*[6]. Si quelqu'un est actionné pour vol, il est autorisé à nier instantanément le fait *absque circuitu verborum.* A-t-il satisfait ainsi

[1] Warnkönig, appendice II, 43 : « Ad quod tenens tenetur negare et respondere negative verbo ad verbum. »

[2] Delisle, *Recueil de jugements*, 29, n° 113.

[3] Le jugement ordonne la preuve *per Dei judicium ferri candentis.*

[4] Sequela de multro, somma II, 2, § 1 : T. autem hoc deneget verbo ad verbum. — De roberia et assaltu, *ibid.*, 4, § 2 : Alio se defendere offerente super hoc verbo ad verbum negante. — De treuga fracta, *ibid.*, 5 § 3 : Defensore autem verbo ad verbum denegante vadia recipienda sunt. — De traditione principis, *ibid.*, 6, § 2 : Allo autem negante verbo ad verbum vadia recipienda sunt. Etc...

[5] Somma II, 18, § 7.

[6] Thierry, *Monuments de l'histoire du tiers état*, I, 22.

Digitized by Google

à l'obligation d'une réponse immédiate, le *vicecomes* doit lui permettre de conférer avec ses conseils, après quoi seulement il est astreint à répondre dans les termes de droit, *verbis utens quæ ad rem pertinent.*

Cette distinction de deux réponses se trouve encore indiquée dans un arrêt du Parlement de Paris de 1286[1]. Il s'agit d'une action pénale (pour *asseurement* enfreint[2]). Le défendeur, *statim negata prodicione et pravitate*, se retire pour en conférer. Alors intervient le représentant du comte d'Artois; il élève au nom de ce dernier un conflit de juridiction. Le défendeur *bene retinebat respondere quantum de jure deberet in curia ista* (*regis*) pour le cas où le déclinatoire ne serait pas accueilli. Cette réserve d'une réponse en forme suppose que le *statim negare* n'avait pas ce caractère. En outre, après la réponse faite (*le plet entamé*), une intervention soulevant un conflit de juridiction n'aurait plus été recevable[3].

En Normandie, le défendeur avait le même droit. Du moins la *Somma de legibus Normannie* en fait mention expresse à propos de la *sequela assaltus et* (*de*) *fracta pace*[4]. *Appellatus debet negare nequiciam*[5] *in clamore expositam et petere licentiam consulendi et si habito consilio verbo ad verbum factum negaverit, vadia sunt recipienda.* Il était donc permis ici au défendeur d'opposer d'abord une simple dénégation, de s'entendre ensuite avec les conseils qu'il trouvait à sa portée, et alors seulement de contredire la demande mot pour mot. Dans les actions simples, le défendeur n'était astreint à répondre qu'après avoir fait usage de la *licencia consulendi*[6].

Une concession plus large fut faite au défendeur. Au lieu de prendre mot pour mot dans sa réponse le contre-pied de la demande, il fut autorisé à dire simplement : Je contredis mot pour mot ce que le demandeur a avancé. Les *Statuta et Consuetudines* de Normandie racontent[7] comment une restric-

[1] *Olim*, I, 737, n° 31.

[2] Comp. Stein-Warnkönig, III, 197 et suiv.

[3] Cf. Beaumanoir, VII, § 21 : On doit savoir que responses sont plet entamé, por quoi li sires ne rent pas se cort.

[4] Somma II, 8, § 4.

[5] Comp. le *negata proditione et pravitate* dans l'arrêt précité.

[6] Somma II, 18, §§ 6, 7.

[7] Warnkönig, appendice II, 26. — Marnier, *Établissements et coutumes, assises et arrêts de l'échiquier de Normandie au XIIIe siècle* (1207 à 1245),

Digitized by Google

tion de ce genre a été apportée au formalisme dans les tribunaux des vassaux du duc [1]. On s'était plaint au sénéchal de Normandie [2] de ce que dans les *Curiæ militum* des innocents étaient mis, par une abusive interversion du droit, en la *misericordia* du seigneur justicier et condamnés à des amendes au profit de la Cour. Si le défendeur ne répondait pas mot pour mot aux termes de la demande [3], ou bien oubliait d'offrir son serment, la *disraisina*, on le condamnait, *quod in misericordia esset domini curie* [4]. Pour mettre un terme à ces exactions, le sénéchal dispose que le défendeur n'a qu'à contredire sur-le-champ et sans consultation préalable [5] tout ce qu'a avancé le demandeur, *jà soit ce que il ne respont pas mot à mot à chascune parole*. Il lui suffira de répondre, sans s'assujettir servilement aux termes : *Ego pernego per eadem verba per que*

45, De Response. Le texte latin étant corrompu en divers endroits, je donne parfois la préférence au texte français.

[1] Réservés par le duc, les cas du *placitum spadae* se trouvent exclus de la juridiction des *milites*. Ce qui est dit ici n'est donc d'aucune application aux cas de grand criminel.

[2] Ce sénéchal doit être Guillaume, fils de Raoul, auquel a succédé en 1200 Guarin de Glapion. Cf. *Stat.*, Warnkönig, *l. c.*, 22.

[3] Mot à mot à toutes les paroles. Marnier, *l. c.*

[4] La condamnation *in misericordiam* donne lieu à une peine pécuniaire arbitraire, *amerciament*. La fortune mobilière du condamné est en merci, dongier, dans la volonté du seigneur. Avec le temps, des règles fixes ont été adoptées pour les diverses conditions sociales. Comp., en ce qui concerne la Normandie, *Stat. et cons. de emendis*, Warnkönig, *l. c.*, II, 21. La *misericordia* joue dans le droit normand un rôle plus important que le suppose Gneist, *Das englische Verwaltungsrecht* (Berlin, 1867), I, 172. Comme on le voit dans le recueil de Delisle, elle est la suite régulière de la déchéance subie par le demandeur *pro falso clamore* et par le défendeur *pro judicio exspectato;* elle est encourue *pro recordatione exspectata* et en beaucoup d'autres cas qu'il est sans intérêt d'énumérer ici. Comp. Delisle, *Des revenus publics en Normandie*, *l. c.*, et dans les *Grands rôles* les rubriques *de misericordiis*. L'amerciament se trouve déjà en germe dans les capitulaires, par exemple dans le § 7 du cap. Pipp. de 754 ou 755, Pertz 31, pour réclamation illégale d'une *major persona* : « In regis arbitrio erit. » L'amerciament ne doit pas être confondu avec le ban du roi, bien qu'il en tienne lieu dans des cas nombreux. Dans les sources propres du droit français, le « en merci le roy » figure près de l'ancienne amende de ban de 60 sous et au-dessous. Une étude approfondie de l'amerciament dans son origine et ses développements serait de la plus haute importance pour l'histoire du pouvoir judiciaire et de police.

[5] « Cum silentio et incontinenti. » Warnkönig, *l. c.*, 26.

Digitized by Google

me reptatis[1]. Et sa dénégation sera considérée comme renfermant virtuellement l'offre de son serment. *Si negat, offert jam disraisnare et bene respondet, licet expresse non dixerit se disraisnare.* Si cependant le défendeur a préféré demander conseil, s'il a quitté la place et conféré sur l'affaire, alors *bene debet ad singula verba accusantis respondere et ea rememorare vel in emendatione curie remanebit*[2]. Ainsi devant la *Curia militum* le strict formalisme n'est plus observé qu'autant que le défendeur a cru devoir prendre conseil. L'auteur de la compilation[3] où nous avons puisé ce qui précède ne cache pas, en terminant, que ses sympathies restent acquises au droit strict. Le défendeur qui répond *mot à mot à chascune parole* et qui offre expressément la *disraisina* est toujours, en effet, à ses yeux un *bons pledierres.*

La *Somma de legibus* met dans la bouche d'un défendeur, actionné *de hereditate disforciata,* cette formule générale de dénégation : *Hæc omnia ei denego verbo ad verbum nec ejus testis vidit nec audivit quod paratus sum deffendere ad esgardum curie*[4].

Les assises de la Haute Cour de Jérusalem sont conformes. Quand il s'occupe d'une action pour crime, Jean d'Ibelin prend généralement le soin de rappeler le devoir pour le défendeur de *desmentir mout à mout*[5]. Du reste, cette locution suffisait. Témoin les formules suivantes placées l'une et l'autre dans la bouche du prolocuteur : *Sire, la trayson il defent et née mout a mout, si come il li met sus et le desment tot mout à*

[1] *Reptare* signifie ici actionner.

[2] « Et (se) il se part del lieu et se va consellier, il doit respondre mot à mot et recorder toutes paroles à l'accuseeur et respondre i, ou il remaindra en l'amande de la Cort. » Marnier, *l. c.*

[3] Les *Statuta et consuet. Normannie* ne sont pas autre chose qu'une compilation.

[4] Somma II, 64, § 16.

[5] Action pour fei mentie : et après (deit) faire dire par son conseil et desmentir le mout à mout. Jean d'Ibelin, ch. 100.— Pour paix enfreinte : et quand l'autre vodra respondre, il le doit desmentir mot à mot et dire que il née et deffent tout ce que il li a mis sus. *Abrégé*, p. II, ch. 30 ; Beugnot, II. 343. — Dans les actions de duel, en général : et se l'adversaire fait que sage, il neera et defendra ce que l'on li met sus et desmentira l'apeleor mout à mout de quanque il aura dit de lui. Jacques d'Ibelin, ch. 17.

Digitized by Google

mout[1]. — *Sire tel... née et defent mout à mout le murtre et les cos que tel li met sus*[2]...

Dans le droit anglo-normand, le formalisme perd aussi successivement de sa rigueur. Glanvilla[3] dit qu'en réponse à l'action de duel le défendeur doit nier vis-à-vis du demandeur *de verbo in verbum sicut versus eum ostendit*. Il s'agit bien encore ici, ce semble, d'une reproduction littérale de la demande dans la réponse. Au temps de Bracton, la tendance serait différente. Sa formule de réponse est anxieuse et gênée : *Defendit (appelatus) omnem feloniam et pacem domini regis infractam et quicquid est contra pacem domini regis et mortem et omnia quæ versus ipsum proponuntur et totum de verbo in verbum secundum quod contra ipsum proponitur*[4]. Dans Britton, le défendeur obtient sur le demandeur, au point de vue de l'observation de la forme, une préférence avouée. Le demandeur est toujours astreint à employer les mots d'une manière régulière et complète. Quant au défendeur, il suffira *qe il défende les motz de la felonie en gros*. Vient-il à tomber en *defaute de mot ou de sillabe*, on ne le déclarera pas *non defensus*. Dans les cas enfin où il y va de sa vie, bien qu'il puisse être *non defensus* à raison d'une nullité substantielle ou de toute autre cause de déchéance, il ne sera pas pour cela seul considéré comme convaincu[5]. Si, en pareil cas, c'est de sa propre bouche qu'est émanée la réponse reprochée, il doit subir la *penaunce*, *peine forte et dure*, jusqu'à ce qu'il en ait avisé une meilleure. La *penaunce* était, du reste, un moyen drastique d'inculquer aux parties le respect de la forme. Le patient, sans ceinture, pieds et tête nus, passait dans les chaînes les jours et les nuits sur le sol de la prison, recevant alternativement pour unique nourriture un jour du pain et l'autre de l'eau[6].

[1] Jean d'Ibelin, ch. 98. (Beugnot, *Assises*, I, 162.)

[2] Jean d'Ibelin, ch. 91. On lit aussi au chapitre 104 (pour rapine) : Sire, je née et defent mout à mout ce que tel me met sus et l'en desment mout à mout...

[3] Lib. II, cap. 3, § 3. Comp. Gundermann : *Ueber die Einstimmigkeit der Geschworenen*, 154 et suiv.

[4] Bracton, folio 138[b]. Fleta 34 : « Omnes articulos sibi impositos in appello negare debet seriatim de verbo ad verbum. Cf. Britton, I, 101.

[5] Britton, I, 101. Comp. Biener, *Das englische Geschwornengericht* (Berlin, 1852), I, 112, et Gundermann, *Einstimmigkeit*, *l. c.*

[6] Britton, I, 26. Comp. Biener, *Beiträge zu der Geschichte des Inquisitions-Processes und der Geschwornengerichte* (Leipzig, 1827), 296 et suiv.

Digitized by Google

Une différence marquée entre la réponse et l'exception faisait ressortir d'une manière plus saillante la nature formelle de la première. Une exception n'était pas considérée comme *response* dans le sens technique du mot. A part les actions pour crime, les exceptions devaient être proposées avant que le défendeur eût de lui-même fourni une réponse en forme ou que les juges le lui eussent ordonné sur la réquisition du demandeur [1]. Envisagées au point de vue de la forme, les exceptions ne sont donc que des moyens d'éviter une réponse en règle, des *fuites*, tandis que la réponse elle-même ne peut être que la négation ou l'affirmation directe de la demande. Malgré les incertitudes de la terminologie des sources, la distinction entre l'exception et la réponse repose sur des documents précis. Dans le langage des *Olim*, le défendeur, qui oppose une exception à la demande, déclare qu'il n'est pas obligé de répondre... *Dominus Castri-Radulphi post multa erramenta respondit quod non tenebatur super hoc... Petro respondere*, parce qu'il était depuis plus de trente ans en possession de l'objet litigieux (arrêt de 1260) [2]. Et le Parlement, selon qu'il repousse l'exception ou qu'il l'accueille, décide que le défendeur est obligé de répondre... *judicatum fuit quod non obstantibus ab ipsa comitissa propositis respondere tenebatur super hoc mercatori predicto* (arrêt de 1272) [3], ou bien que le défendeur n'a pas besoin de répondre, que le demandeur ne doit pas être ouï... *quod ipsi major et jurati super hoc non debebant audiri* (arrêt de 1265) [4], ...*dictum fuit eidem Johanni quod nichil dixerit, per quod milites exindè debeant respondere* (arrêt de 1259) [5], ...*quia dominus rex tenuit ipsum alnetum per* 50 *annos... determinatum fuit, quod non tenetur ipsis monialibus super hoc respondere* (arrêt de 1260) [6].

Nous avons excepté les actions pour crime. Alors, en effet,

[1] La réponse, dont le texte devait être modelé sur celui de la demande, renfermait nécessairement une affirmation ou une dénégation absolue de la prétention du demandeur, et par suite il n'y avait point de place pour une exception dans la réponse.

[2] *Olim*, I, 502, n° 28.

[3] *Olim*, I, 914, n° 81.

[4] *Olim*, I, 607, n° 14.

[5] *Olim*, I, 455, n° 19.

[6] *Olim*, I, 492, n° 9. Comp. *Li livres de jostice*, I, XVI, 2.

Digitized by Google

le défendeur devait opposer à la demande une dénégation immédiate; sinon il était tenu pour convaincu. On supposait que l'homme véritablement innocent, qui se voyait attaqué dans son honneur, devait avoir hâte de contredire l'imputation du demandeur. Les exceptions, si l'affaire en comportait[1], ne pouvaient être proposées qu'après ou au plus tôt avec la réponse. D'après l'*Abrégé*, le défendeur à une action entachée d'un vice de forme doit tout d'abord opposer une réponse en règle et offrir le gage de bataille... ensuite seulement il fait valoir le moyen de nullité et demande en conséquence sa relaxe[2]. Dans Beaumanoir[3], le défendeur invoque dès le début les moyens de non-recevabilité de l'appel, mais en même temps il *doit dire que se drois disoit que ses resons ne fussent pas bones, par quoi li gage n'i fussent, si met il jus*[4] *toute vilaine œvre et nie le fet proposé contre li.* Moins soucieux du point de vue originaire, *Li livres de jostice et de plet* se bornent à exiger d'un défendeur, actionné pour roberie, qu'il joigne à son exception la réserve d'une réponse. Après avoir proposé son exception, le défendeur ajoute : *par tant m'en voil passer; et se par tant ne m'en past, plus en dirai, tant que tort ne m'en prendra*[5].

Celui qui était actionné pour crime ne devait pas quitter la place avant d'avoir répondu, s'il ne voulait pas encourir la déchéance. *Cil qui est apelés ne se doit partir de devant le juge, devant qu'il a respondu à l'apel*[6]. D'après le droit strict, il ne devait pas solliciter l'autorisation de prendre conseil, ni le juge la lui accorder avant qu'il se fût expliqué sur la demande.

[1] L'exception tirée de ce que le fait reconnu constant ne résultait pas d'une volonté coupable pouvait être considérée comme une négation de la demande si des termes incriminant l'intention, tels que ceux de *nequitia, pravitas*, félonie, trahison, constituaient une partie intégrante et nécessaire de la formule.

[2] *Abrégé*, p. II, ch. 26. Dans Jean d'Ibelin, l'exception vient également après la dénégation.

[3] LXI, 5. Comp. Loysel, *Institut. cout.* (éd. Dupin et Laboulaye), II, 187.

[4] Et non *sus*, comme le porte la citation du même fragment dans Loysel, *l. c.*, ce qui n'avait aucun sens. *Jus*, en bas, dessous (Du Cange, VII, 211; Dupin et Laboulaye, *Glossaire*, h. v.). *Metre jus*, à propos d'une incrimination, c'est la repousser absolument.

[5] XIX, 11, § 3.

[6] Beaumanoir, *l. c.* — Comp., *Leges Henrici primi*, c. 47.

Digitized by Google

C'est précisément de là qu'est issue la distinction rapportée plus haut entre les réponses affranchies de la forme et celles qui demeuraient soumises à son empire. Là où, sur la requête du défendeur, on lui accordait l'autorisation de prendre conseil avant de répondre, on ne laissait pas de maintenir le principe pour le cas où il s'éloignait sans permission. Cherchait-il de lui-même ses amis et conseils pour conférer avec eux de l'affaire, il était tenu pour convaincu. Ainsi disposent, entre autres, les Constitutions du Châtelet. Le défendeur s'est retiré, sans la permission du juge, auprès de ses conseils. Après la consultation, il revient et veut répondre. Le demandeur s'y oppose et requiert sa condamnation immédiate. *Come tel s'est départis de devant vous et sanz respondre à ma demande et sanz congié demander de vous et ore revient — li demanderes doit requerre au juge*[1] *que il tiegne sa demande por confessée et que vous la mettez à exécucion ou droit se vous le devez fere*[2].

Ce formalisme est surtout dangereux si, sans citation ni avis préalable, le demandeur a profité de la présence fortuite du défendeur devant la Cour pour l'actionner. Beaumanoir[3] en fournit un exemple frappant. Pierre a trouvé Jehan en Cour. Sans l'avoir fait ajourner, il l'accuse de trahison et offre le gage de la bataille. Jehan déclare qu'il va s'en entendre avec ses amis et conseils, mais il oublie d'en demander l'autorisation au juge. Il confère en effet avec ses amis sous les yeux en quelque sorte du juge (*à une part du porpris*), puis il revient pour répondre. La prétention du demandeur est de le faire considérer comme convaincu pour s'être éloigné du juge et d'obtenir jugement. *Il fut jugié que Jehan ne seroit pas condampné de si vilain cas por si petite négligeuce.* Au temps de Beaumanoir, le strict formalisme avait beaucoup perdu de sa rigueur dans le Beauvoisis. Il n'était pas en harmonie avec les principes modernes qui commençaient alors à pénétrer en France avec l'appui des officiers royaux[4]. Les juges qui, dans la procédure criminelle extraordinaire, étaient ac-

[1] Le rédacteur a coupé sa phrase.
[2] A. C. du Chât. de Paris, art. 30.
[3] XXX, 94.
[4] V. Stein, *l. c.*, 381, 382.

Digitized by Google

coutumés à ne déclarer la culpabilité qu'avec une conviction intime obtenue par *aprise*, devaient involontairement reculer d'effroi lorsqu'en présence d'une action formelle ils étaient requis de prononcer une culpabilité pour un simple vice de forme. Toutefois, le principe d'équité, qui s'était d'abord exceptionnellement fait jour dans la pratique, n'est passé dans la théorie qu'après une résistance opiniâtre. L'ordonnance de Philippe le Bel, en date de 1306, sur le combat judiciaire, porte encore : *Que se aucune des parties se despartoit de nostre Cour après les gaiges jettez et receuz sans nostre congié, iceluy partans... soit tenu et prononcé pour recreant et convaincu* [1]. C'est le même principe appliqué à un cas différent [2]. Du Breuil, l'auteur du *Stylus Parlamenti*, le présente comme l'expression d'une opinion répandue, mais il ajoute avec plus d'entrain que Beaumanoir : *Sed hoc non credo verum, quia non videtur mihi quod curia pro tam modica causa tantum periculum pateretur* [3].

Le principe de la nécessité d'une réponse immédiate en matière criminelle souffre exception dans Jean d'Ibelin, lorsque le défendeur est amené chargé de chaînes devant la Cour. Ses chaînes doivent tomber avant tout. S'il a l'imprudence de répondre auparavant, s'il nie et qu'on en vienne au combat judiciaire, il combat dans la situation même où il se trouvait lorsqu'il s'est engagé dans le débat, *en fers ou en liens*. Cette singulière disposition pourrait s'expliquer sans doute par une considération de l'ordre psychologique : le premier mouvement de l'innocent est de protester contre les chaînes dont il se voit chargé; accepter dans cet état un débat formel, c'est reconnaître implicitement sa culpabilité. L'explication peut, du reste, en être également puisée dans le formalisme. De même qu'à défaut de réserve expresse on doit combattre sans armes, de même on doit combattre dans les chaînes, si au préalable on n'en a pas requis l'enlèvement. Cette réquisition doit précéder la réponse; car, à partir de la réponse, la procédure du combat judiciaire est assujettie à

[1] Du Cange, *Glossaire*, II, 956, c.

[2] Il ne s'agit pas en effet de la réponse à la demande, mais de la conduite à tenir par les parties après que les gages de bataille ont été donnés de part et d'autre.

[3] *Stilus*, XVI, § 22, dans Molinaeus, opp. III.

Digitized by Google

des formes rigoureuses, et dans le formulaire des réserves qui précèdent le combat judiciaire, on ne voit figurer aucun retenail pour l'enlèvement des chaînes [1].

Beaumanoir [2] indique une formule de réponse particulière à celui qui, actionné soit pour n'avoir pas acquitté un droit d'entrée ou de transit, soit pour avoir différé le payement du cens ou du champart, veut se ménager la ressource du serment. Il doit dire : *Jen ai bien fait ce que je dui.* S'il dit au contraire : J'ai payé, ou : Je ne dois pas, il perd le droit au serment. Car son assertion niée par le demandeur devrait être établie par *proeves* au rang desquelles Beaumanoir ne fait pas figurer le serment (*Loy* [3]). Pierre a saisi les

[1] Jean d'Ibelin, ch. 89. Comp. ci-dessus la section V, intitulée : *Applications diverses du principe de l'interprétation littérale.*

[2] Beaumanoir, XXX, 68-74.

[3] Stein, *l. c.*, p. 226, à propos de ce qu'il appelle la procédure féodale (elle n'est autre que la procédure formaliste, laquelle s'est maintenue plus longtemps dans les tribunaux des seigneurs que dans les tribunaux royaux), avance que les témoignages et les diverses sortes de serment en étaient expressément exclus comme moyens de preuve. A ce compte, le duel aurait été d'une application absolue et inévitable. Nous parlerons plus tard des témoignages. En ce qui touche le serment, Stein se fonde sur ce passage de Beaumanoir, VI, 31 : « Mais les sermens entendons noz « es Cours où on veut pledier selonc l'establissement le roy, car selonc « l'anchienne coustume ne quorent il pas. » Il n'a pas remarqué que les serments dont il est question dans ce passage sont les serments de calomnie que l'ordonnance de saint Louis de 1260 a empruntés à la procédure étrangère et introduits dans la pratique des tribunaux royaux. Beaumanoir, VI, 30, donne la teneur des serments dont il parle VI, 31. Le demandeur doit jurer : « qu'il ne demandera fors ce où il quidera avoir « droit et que se témoins li convient traire, que bons et loiax avant les trera « à son essient. De son côté, le défendeur doit jurer : qu'il connistra verité « de ce c'on li demandera en se besongne et qu'il ne metra reson avant à « son essient qui ne soit bonne et soufisans ; et que se tesmoins li convient « amener à prover ses resons, il les amenra bons et loiax à son essient. » Voilà le serment que la coutume ne connaît pas. Beaumanoir dit encore, XL, 7 : « Les principax parties doivent jurer qu'il diront verité en le que- « rele. » La méprise de Stein est reproduite *l. c.*, 546, où il s'appuie sur Beaumanoir, VI, 31, pour comprendre le serment parmi les moyens de preuve (le serment de calomnie n'est pas un moyen de preuve). Elle en amène une seconde, *l. c.*, 547. où il croit voir dans Beaumanoir, VI, 31, une allusion sans développement à la délation et à la relation du serment. Le passage qu'il parait avoir en vue est celui-ci : « Et se les parties se vo- « loient soufrir de fere serement par acort, ne le doit pas le justice soufrir,

Digitized by Google

denrées de Jean pour défaut de payement du droit de transit. Jean lui répond qu'il a payé le droit à tel de ses sergents, et comme Pierre le conteste, il veut *s'en passer par son serement*. Les juges décident qu'il a renoncé au serment en disant qu'il a payé et qu'il doit établir le payement *par preuves*. Beaumanoir ajoute : *Et par cel jugement pot on entendre que qui se veut passer par serement des amessures, dont on se pot passer par coustume, on doit dire tout simplement : J'en ai bien fet ce que je dui.*

3. *Le serment.*

Dans l'étude de la preuve, nous croyons devoir omettre *les gages de bataille* et les autres ordalies pour nous attacher uniquement au serment et à la preuve testimoniale. Les ordalies, en effet, étaient passées dans le domaine de l'Église et y sont demeurées jusqu'au moment où elle a cessé de les tolérer. Nous avons déjà signalé l'influence des gages de bataille sur le formalisme de la demande et de la réponse. Le rôle qu'y jouait le serment se lie naturellement à l'examen du serment lui-même. En ce qui touche les règles mêmes du combat, elles peuvent d'autant mieux être passées sous silence que d'une part le *danger* de leur transgression est généralement reconnu, et que d'autre part le formalisme ayant été presque

« ançois apartient à son office qu'il prengne le serment des parties pour « encherquier le vérité de le querele. » Cela signifierait d'après Stein : Si les parties veulent prêter serment par acort, le juge ne doit pas l'accueillir; c'est à lui qu'il appartient d'en déterminer la teneur. Le sens véritable est tout autre. Se souffrir : s'abstiner, se contenter (Dupin et Laboulaye, *Glossaire*, h. v.). Beaumanoir veut donc dire : Si les parties veulent s'abstenir par acort des serments de calomnie, le juge ne doit pas y accéder, mais au contraire exiger le serment pour s'assurer que les parties prennent le procès au sérieux (Stein aurait été plus autorisé à trouver une apparence du serment principal dans Beaumanoir, VII, 17). D'après ce qui précède, Beaumanoir, VI, 31, ne fournit aucun argument pour exclure le serment, comme moyen de preuve, de la procédure formaliste.

Beaumanoir n'a pas compris le serment de la partie dans son énumération un peu confuse des *proeves*, ch. XXXIX, 2 et suiv. C'est qu'il ne lui reconnaît pas ce caractère. Car il envisage le serment à des points de vue trop divers pour qu'on puisse supposer un oubli de sa part. Voir XXX, 75 et 76; XXXIX, 79 et 47; VII, 17, indépendamment de cas nombreux d'affirmation de l'essoine.

Digitized by Google

exclusivement étudié à propos du combat judiciaire, il reste peu de chose à dire sur ce sujet[1].

Les formalités du serment, non les formalités préliminaires, mais celles de la prestation elle-même, ont trait : 1° à la teneur de la formule, 2° à sa prononciation, 3° à l'attitude et à la situation du corps, particulièrement de la main. Comme toutes les déclarations rétrospectives, c'est-à-dire se référant à ce qui a été dit précédemment dans le cours du procès, la teneur de la formule doit cadrer exactement avec ce qui a été dit en effet. S'agit-il du serment de desrène, il doit reproduire la réponse qu'il a pour objet de prouver. Si par exemple la réponse est conçue en ces termes : *istam lesionem tibi non feci et iste qui super hoc testem se constituit nec vidit nec audivit quod paratus sum desresnare*, le défendeur ne peut se borner à affirmer par serment la vérité de ce qu'il a soutenu dans sa réponse. La formule doit être ainsi conçue : *Hoc audias N. quod ego tibi talem lesionem non feci nec testificatus vidit nec audivit si me deus adjuvet et hæc sacrosancta*[2]. Les paroles proférées lors des *gages de bataille* devaient également figurer dans la formule du serment qui précédait immédiatement le combat; il fallait jurer *per verba duelli*[3], *de verbis de quibus duellum vadiatum fuerit*[4], *verbis in ipsius vadii datione propositis*[5].

La diversité des coutumes et le décousu de la plupart d'entre elles, en ce qui touche le détail des formalités du serment, ne permettent guère de coordonner ces formalités et de les

[1] Comp. Loysel, *Instit. coutum.*, II, 177, particulièrement les notices bibliographiques, 181 et suiv.

[2] *Somma*, II, 19, § 3.

[3] *Somma*, II, 2, §§ 7 et 10.

[4] *Somma*, II, 2, § 12.

[5] Glanvilla, XIV, 1, § 5. « Non potest alterutra partium verbis in ipsius vadii datione propositis aliquid adjicere vel diminuere vel aliquatenus a proposito declinare, vel resilire quin pro victo habeatur et lege victi censeatur. » Ce texte, à la vérité, n'est pas exclusivement applicable au serment qui précède le duel. — *Compilatio de usibus Andegavie* (Marnier, *Usages d'Anjou*), § 57 : « Se contens est des mous de la bataille, que li uns die que ele fut jugée en une manière et l'autre en autre manière... de la bataille point ni a, car ele (la partie à laquelle le record est contraire) chet de la querele. — Comp. dans *Li livre des droiz et des comm.* le § 341 emprunté, comme beaucoup d'autres, aux *Usages d'Anjou*.

Digitized by Google

présenter sous un point de vue général dans un travail d'ensemble. Nous nous bornerons à passer en revue les dispositions de quelques coutumes au risque de tomber dans des redites.

D'après le droit normand, le juge, ou son délégué, dicte la formule du serment à la partie et à ses cojurateurs qui doivent la répéter mot pour mot. Cette dictée, que le juge faisait, dans le principe, en tenant un bâton à la main [1], était désignée sous les mots suivants : *escariare* [2], *escarir* [3], *escherir*, *deviser* [4]; les paroles, qui en avaient fait l'objet, s'appelaient *verba escariata;* le serment, qui l'avait suivie, *juramantum escariatum.*

[1] De là cette locution allemande : *Den Eid staben* ou *vorstaben*. Même après que l'emploi du bâton était tombé en désuétude, cette locution avait été conservée dans le sens de *dictare* ou *prælegere formulam jurisjurandi.* (Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, 902.)

[2] *Somma Normannie*, II, 19, § 6, et *passim*. Le texte français porte : « Déclarer pour escariare, » preuve palpable de la plus grande ancienneté du texte latin. Un traducteur du texte français n'aurait pas rendu en latin *déclarer* par le mot bien autrement précis *escariare*. Scarire : fixer, déterminer ; escharir : assigner en partage, diviser, séparer. (Diez, *Dictionnaire étymologique des langues romanes*, 1864.)

[3] *Coutumier de la vicomté de l'Eau* (Sæc., XIII), art. 49, dans Beaurepaire, *De la vicomté de l'Eau de Rouen et de ses coutumes au XIIIe et au XIVe siècles*, 338, Évreux, 1856. — Grand coutumier en vers dans Houard, *Dictionnaire de la coutume de Normandie*, IV, 116.

[4] *Roman du Renard* (éd. Méon), v. 14,793 (II, 493) :

> Brichemer et Brun li ors,
> Que l'en tenoit as deus meillors,
> *Deviserent* le serment.

De Fontaines, V, 1 : On doit fère aporter les sains avant ; et cil se doit aguenoiller qui prover les (les essoines) vielt par sairement et la justice le doit ainsi *escherir*... Vient ensuite la formule du serment. Un manuscrit porte *deviser* au lieu de *escherir*. L'éditeur donne à tort au mot *escherir* le sens d' « enquérir, demander, de *quærere*. »

Les formalites préliminaires du serment sont nettement décrites dans un passage des *Usatica pro duello apud Cameracenses*. (Mss. dans Du Cange, II, 351^b, v° *Duellum*. « Le demandeur est conduit devant les saints... et là « tient uns des maitres sergians les sains et uns des eskievins prend le baton « de celui ki a apelet et le tient en sa main de ci à dont k'il a fait sairement « et au faire le serment uns des eskievins prend le main de celui ki a apelet « et li met sor les sains et dont li *devise* on et *escarit* sen sairement en le « veue et en l'oye de sen adversaire. » Si l'un des échevins prend le soin de placer sur les reliques la main de celui qui va jurer, c'est pour le préserver du *danger* auquel il s'exposerait en ne plaçant pas la main exactement comme il doit le faire. V. *infrà*.

Digitized by Google

La partie qui omet un mot, ou bien en profère un qui ne lui a pas été dicté, encourt la déchéance. *Si verba dimiserit vel mutaverit quæ ei... fuerint escariata, ejus desresina reprobatur.* Il en est de même si l'un des cojurateurs ne répète pas exactement les paroles à lui dictées *de sacramento quod T. juravit salvum juramentum juravit, si nos deus adjuvet et haec sancta,* ou bien ne se prépare pas de lui-même au serment aussitôt que la partie s'est relevée après l'avoir prêté. Ils doivent jurer en effet *nec tracti nec vocati*[1]. Cette rigueur de formalisme, nous pouvons dès à présent en faire la remarque, n'était pas irréfléchie. On cherchait dans les exigences de la forme une garantie contre les parjures. Les dangers dont le serment était entouré contribuent précisément à expliquer la confiance dont il a longtemps joui. Cette opinion de Siegel[2], trouve une confirmation frappante dans une source du droit anglo-normand. Le *juramentum escariatum* (*divisum*), des Normands est nommé dans la langue du droit anglo-normand *iuramentum fractum* (*seu frangens*)[3]. Or les *Leges Henrici*

[1] *Somma,* II, 19, §§ 4, 6, 7. Beaurepaire, *l. c.* « Es queles choses se les « tesmoinz aront mué ou delessié aucune chose des paroles escarres par la » justice... Celi qui ara gagié la loy ou la derraine, perdra. » On n'accorde généralement pas au serment avec cojurateurs la part qui lui appartient dans la procédure française de la preuve. Stein, *l. c.*, 545, combat sur ce point Faustin Hélie. Ce serment figure notamment dans l'ancienne coutume de Bourgogne : « Il doit havoir III proudomes qui le creoient tant que il li « aidoient à jurez et li portoient temoins sans veir et oir. » (VI, 2 et *passim.*) L'extension donnée à ce genre de preuve dans les deux provinces de Normandie et de Bourgogne, où trois nationalités, au moins, ont été superposées, est remarquable. Elle contredit l'opinion de Stein (partagée par Köstlin, *Wendepunkt,* 239) qui suppose que l'institut des cojurateurs a commencé par disparaître dans les localités où l'ancienne association des Gentiles avait été le plus complètement détruite.

[2] *Gefahr,* 3.

[3] *Juramentum fractum* est la dénomination technique usitée depuis la conquête des Normands. V. Schmid, *Lois des Anglo-Saxons* (1858), glossaire 617. [Dans les lois anglo-saxonnes, *frangere* se dit non de la dictée du serment, mais du manquement qui en entraîne la déchéance. Il est employé en ce sens jusque dans les sources de l'époque normande, ce qui jette de l'incertitude dans l'interprétation.] Le *juramentum fractum* était prêté *cum verborum observantiis;* c'était un *juramentum observatum* (serment avec danger *vare*) par opposition à celui dont les termes n'étaient prescrits ni dictés (serment sans *vare*) *Juramentum planum.* Cette dernière dénomination figure en la même acception dans les sources du droit français. *Usages*

Digitized by Google

disent de ce serment : *Malorum autem infestationibus et perjurantium conspiratione dispositum est frangens juramentum ut magis Dei judicium ab accusatis eligatur.* Les dangers de ce serment constituent une garantie contre le parjure; ils doivent déterminer l'accusé à recourir de préférence au jugement de Dieu.

Le droit strict du serment s'est conservé dans la coutume de Rheims alors que la procédure y était déjà, du reste, complétement transformée sous la double influence du droit romain et du droit canonique [1]. Le serment de Desrène y porte le nom d'*escondit*. Il est prêté soit isolément, soit avec des cojurateurs. Celui qui le prête (*escondisseur*) lève la main droite vers les saints. S'adressant au juge, et les yeux tournés vers lui, il prononce à haute et intelligible voix la formule du serment [2]. Dans une instance pour blessure légère avec ou sans effusion de sang, cette formule est ainsi conçue : *Sire par les sainctz qui sont encontre et par tous autres de la bature à sang* (*ou sans sang*) *faite à* (*ung tel*), *dont on me poursuit en la*

d'Anjou (Marnier), § 77 : De bataille point ni a se l'autre le li nie, fors le *plain* seirement ou l'anqueste; § 85 : N'i a point de desrène que lour *plain* sairement. Ordonnance rendue par Louis VIII, en 1224, pour la ville de Bourges (priviléges de la ville de Bourges et confirmation d'iceux) : « Si quis de despectu fuerit accusatus, per unum *planum* sacramentum transeat sine duello. » (V. Du Cange, gl. III, 938 *b*.) Il est permis d'en conclure que cette distinction du *juramentum fractum* et *planum* a été importée par les Normands en Angleterre. Ce qui est propre au droit anglo-normand, c'est une sorte de fusion entre les deux sortes de serment; tandis qu'il assujétit les parties à jurer *per verba escariata*, il en affranchit les cojurateurs ou quelques-uns d'entre eux. Nous n'entrerons pas plus avant dans l'interprétation du chapitre précité des *Leges Henrici I*, lequel est le sujet de nombreuses controverses. Le *juramentum fractum* n'a rien de commun avec le jury. Divers auteurs ont cherché à l'y rattacher mais sans succès.

[1] Première rédaction complète de la coutume de Reims avec le commentaire du licencié Gérard de Montfaucon, imprimée dans Varin, *Archives législatives de la ville de Reims*, dans la collection de *Documents inédits*, Ire partie : coutumes 609 et suiv. (Cette rédaction est antérieure à 1419. V. Schæffner, III, 85.) Comp. la rédaction de la coutume en date de 1481, art. 285 *bis*, *l. c.*, 730, avec les *Variantes* à la coutume de 1481. *Archives législatives*, IIe partie : statuts, 1er vol., p. XII et suiv.

[2] Dire tout haut : première rédaction, art. 76, *l. c.*, coutume 634. — En adressant son regard et sa parole devers le juge : *Variantes* à l'article 285 *bis* statuts, 1er vol., p. XII.

Digitized by Google

Court de céans, j'en suis pur et innocent[1]. S'il y a des compurgateurs, ils doivent, aussitôt que la partie a prononcé les *parolles de son escondit*, lever eux-mêmes la main vers les saints et prononcer l'un après l'autre cette formule : *Sire par les sainctz de cy encontre je tient et croit qu'il a faict bon serment*[2]. En aucun cas, il n'est permis de baisser la main avant d'avoir entièrement prononcé la formule. Même après le prononcé de la formule, la partie et les premiers compurgateurs doivent tenir la main *toute droicte*[3] *et levé vers les saints*[4] jusqu'à ce que le serment ait été prêté par tous. Si le serment est *moins souffisamment fait*, l'accusé est *censé et repputé atteint du cas par avoir failly à bien faire son escondit*[5]. Il est condamné à l'amende de 60 sous ou à celle de 22 sous 6 deniers, selon qu'il s'agissait de *bature à sang* ou *sans sang*[6]. L'omission d'un mot entraînerait le même résultat. Si, par exemple, le mot *bature* a été prononcé seul sans ajouter *à sang* ou *sans sang*, le serment n'est valable qu'autant que l'action elle-même est uniquement intentée pour *bature*[7]. Un acte d'une importance décisive est celui de *baisser*, *avaler sa main*. Sa valeur est celle d'une *conclusio in causâ*. Par cet acte, la partie s'en remet au jugement des échevins sur le serment prêté, lequel, si incomplet qu'il puisse être, ne peut plus désormais être complété. *Baisser sa main... vault autant que conclure en cause et prendre droit sur l'escondit tel qu'il a esté*[8].

D'après la coutume de 1481, la question de savoir si le serment est bien ou mal prêté peut être discutée incidemment par l'organe de l'action publique. Le serment de Desrène

[1] Première rédaction, art. 76, *l. c.*

[2] *Variantes* à l'art. 285 *bis*, statuts, 1er vol., p. XIII. Comp. art. 77 de la première rédaction.

[3] Première rédaction, art. 77.

[4] *Variantes*, *l. c.*, p. XIII.

[5] *Variantes*, *l. c.*, p. XII.

[6] Gérard de Montf. sur l'article 76, *l. c.* « Nota que qui ne garde en faisant son escondit les fourmes contenues en ce chappitre puet choir ès amendes dessusdictes, c'est assavoir s'il y a sang en LX sols parisis et se c'est sans sang en XXII sols 6 deniers parisis. »

[7] Gérard de Montf., *l. c.*

[8] *Variantes*, p. XII. — Comp. p. XIII : « Et après ces paroles dictes le deffendeur et les six compurgateurs peuent avaler leurs mains pour conclusion en cause. »

Digitized by Google

n'est plus, en effet, appliqué que subsidiairement[1]. En première ligne, la tâche du *procureur du seigneur ou de l'office, qui a la charge des causes d'excex*, est de convaincre le défendeur. S'il n'y parvient pas, il peut requérir le serment que le défendeur est astreint à prêter en remplissant toutes les formalités, sinon il est condamné à l'amende[2]. Naturellement, il appartient à l'organe de l'action publique de discuter la validité du serment. Dès que l'escondisseur a baissé la main, le procureur est appelé à invoquer, s'il entend le faire, les causes de nullité. De son côté, le défendeur soutient que le serment est régulier, et le tribunal prononce[3].

Au XVe siècle, on ne supportait plus l'escondit à Reims que par respect pour son antiquité et l'application en était renfermée dans d'étroites limites. Il semble que la rédaction de 1481 veuille en excuser l'existence lorsqu'elle dit que la forme de l'escondit est *introduicte et acoustumée de toute ancienneté*. Cette institution surannée ne concordait plus, en effet, avec le système inquisitorial qui dominait déjà complétement, à cette époque, la procédure criminelle. Vers la fin du XVe siècle, le principe moderne finit par en triompher. Les variantes, gloses et lacunes que présentent, dans le chapitre de l'escondit, les divers manuscrits de cette époque, montrent fidèlement comment il a successivement cédé le pas aux idées nouvelles.

On lit dans un manuscrit[4], à la fin du chapitre «*des escondis*», la remarque suivante : «l'usage de ce serment paraît très-dur « à cause de la nécessité de reproduire fidèlement les termes « prescrits[5], eu égard surtout à la simplicité et à la faiblesse « d'esprit de tant de gens du peuple qui, compris à tort dans « une poursuite, peuvent néanmoins être condamnés à l'a-

[1] Art. 285 *bis*, *l. c.*, 730.

[2] Se... (il)... ne veult ou peult prouver le cas contre le deffendeur... il peult conclure afin que le deffendeur soit contrainct à amender ou à en faire son escondit en la forme qui est introduicte et acoustumée de toute ancienneté et qui est tel : lacune. Art. 285, *l. c.*

[3] *Variantes*, *l. c.*, p. XII.

[4] Msc. Sutaine Duvivier, *Variantes*, *l. c.*, p. XIV.— Cf. Varin, *Cout.*, 730, n° 3.

[5] Cest usage des escondis semble bien rigoureux pour l'observance nécessaire des parolles qu'il fault prononcer...

Digitized by Google

« mende pour une irrégularité dans la prestation du serment. « Aussi vaudrait-il mieux supprimer cette institution et y « substituer un serment sous la foi duquel le défendeur s'en- « gagerait solennellement vis-à-vis du juge à lui dire la vé- « rité. » Des manuscrits plus récents ont supprimé le chapitre sur la forme des escondits. Dans les rédactions postérieures, il n'en est plus fait mention.

Ce sont les Franchises de Lille qui, dans leurs dispositions sur le serment, mettent le mieux en relief la rigueur de l'ancienne procédure[1]. D'après le droit de Lille, les actions personnelles et les actions mobilières donnent lieu à un serment tant du demandeur que du défendeur, ce dernier assisté de deux cojurateurs. Les deux parties doivent se présenter au serment suivant des formes prescrites. Pour toutes deux, les formalités du serment sont les mêmes, sauf, bien entendu, la teneur de la formule et les dispositions relatives aux cojurateurs. Il faut tenir la main ferme et immobile sur les saints, le pouce sous les autres doigts. Si l'on a le malheur d'y contrevenir, de retirer ou même de remuer la main avant d'avoir entièrement prononcé la formule, le procès est perdu[2]. Il n'y a d'exception qu'en faveur de ceux qu'une infirmité corporelle empêche de remplir ces formalités, à la charge toutefois d'une déclaration préalable et de cette réserve *que s'il entreprendoit à ses lois et à son serment faire, que il ne pierge riens par raison de son empeeschement*[3]. — Le serment est prêté *verbis solemnibus*, suivant une formule arrêtée d'avance. S'agit-il par exemple d'une créance de 20 sous, *les paroles que li demandans doit dire as sains* sont

[1] Roisin, *Franchises de Lille :* « Comment on doit aller as sains, » 31 et suiv. Ordonnance du roi Jean, en date de 1350, dans les *Ordonnances des rois de France*, II, 299.

[2] Quiconques remuerit ne crolleroit le main en jurant sour les sains, il avoit se querielle perdue, se partie le reprendoit et tournoit à atainte ou à délivre (Roisin, 33, n° 6).—Car quiconques va as sains soit hom soit femme, s'il oste se main des sains ains qu'il ait juret et dit les paroles teilles que usages et lois porte, ou s'il ne disoit les parolles telles que il est uset ou s'il ne les disoit si qu'il deveroit al entente d'eschevins ou qu'il entrepresist au dire, il avoit se querielle perdue... (Roisin, 32, n° 2). — Si... manum plus solito elevet aut in palma pollicem firmiter non teneat... causam suam penitus amittit (*Ordonnances, l. c.*).

[3] Roisin, 32, n° 5.

Digitized by Google

celles-ci : *De ches XX sous parisis que jou sour Jehan clamai, d'ensi que jou y clamai, a droit y clamai. Si m'ait Dius et chist saint.* Le défendeur y répond par la formule suivante : *De ches XX sous parisis que Jehans sour mi clama, à tort y clama au mien ensiant. Si m'ait Dius et cist saint.* Les cojurateurs (*qui aident le deffendant*) viennent à leur tour : *Tel sierment que Jehans chi jura boin sierment y jura au mien ensiant. Si m'ait Dius et Chist Saint*[1]. Il ne suffit pas de dire les mots de la formule; il y a encore la manière de les prononcer et le ton. On doit parler *al entente d'eschevins*. Celui qui bredouille, baisse la voix ou manque, d'une manière quelconque, *in idyomate vel in forma*, perd son procès[2]. Le bègue, l'étranger qui ne parle pas le dialecte picard ou le parle mal, est affranchi de ces exigences, s'il a pris soin de déclarer à l'avance *qu'il euist empeeschement en le langhe de bauber ou qu'il ne seuist mie bien le langage pickart ou qu'il n'en seuist nient*[3]. Celui qui ne connaît pas la langue de la localité doit être admis à jurer *par le langage que il mius set*[4].

Le formalisme du serment produisait des conséquences tellement iniques que les échevins et la commune de Lille s'adressèrent au roi Jean pour en obtenir l'abolition. Par une ordonnance en date de 1350, le roi abolit en effet cette coutume (*consuetudo quæ verius error aut corruptela dici meruit*), et édicta qu'à l'avenir les parties prêteraient serment sur les évangiles suivant la forme usitée au parlement de Paris et dans les autres cours de justice de France[5]. L'année suivante cette innovation fut introduite à Lille par arrêté du conseil des huit et avec l'assentiment de la commune. Il fut décidé que, dans les cas où précédemment les parties allaient à saints, elles pourraient désormais jurer sans danger sur le crucifix ou les évangiles. La teneur de la formule fut aussi modifiée. Le serment préalable de l'ancienne coutume devint un serment de calomnie dans la forme moderne.

[1] Roisin, 34 et suiv.
[2] Ordonnance de 1350.
[3] Roisin, 32, n° 5.
[4] Roisin, 33, n° 7. D'après le droit allemand, les étrangers étaient dispensés du formalisme du serment. « Si quis non loquitur nostra lingua, non tenetur jurare ad vare. » Siegel, *Gefahr.* 14, note 38. Il en était de même en Angleterre. V. notamment *Leges Henrici I*, 63, § 3.
[5] *Ordonnances des rois de France*, II, 399.

Digitized by Google

La difficulté de satisfaire à toutes les conditions du formalisme explique pourquoi, au lieu de réunir dans une même formule les faits de même nature qu'une partie avait à affirmer, on lui imposait des serments successifs. C'est précisément dans ces formalités extérieures qu'on faisait consister la garantie du serment [1]. Il y a plus, les amendes encourues à cette occasion constituant une source de revenus, la cupidité s'en inspirait maintes fois pour imposer aux parties un plus grand nombre de serments que de droit. Cet abus est relevé dans les *Statuta et Consuetudines Normanniæ* [2]. On y lit le récit suivant [3] ; Un sergent royal accusa de délit forestier un des vassaux de Roger, sire de Saint-André. Il prétendait l'avoir rencontré portant quarante hêtres sur l'épaule. Cette assertion était si évidemment exagérée qu'elle fit dire par plaisanterie que, si l'accusé avait eu une voiture, il aurait emporté la forêt toute entière. Néanmoins, on exigeait de lui un serment par arbre. Roger en ayant référé au sénéchal, celui-ci révoqua l'accusation et défendit aux sergents, sous peine de prison, toutes accusations injustes [4]. *Et ita homo quietus recessus.*

La présentation au serment et autres formalités préalables avaient aussi pour sanction la nullité du serment. Voici quel

[1] Ainsi dans le Vermandois, la partie qui s'était vue deux ou trois fois dans la nécessité de contremander son jour ne pouvait affirmer par un serment unique les divers cas d'essoine. Le principe était celui-ci : « Chascuns contremant (doit avoir) son essoine et son serement. » (De Fontaines, V, 2.) Comp. somma II, 64, § 12 : « De unoquoque exoniatore jurabit (exoniatus) ; » et Glanvilla, I, 12, § 3 : « Probabit quodlibet essonium jurejurando propria et unica manu ; » et *l. c.*, I, 9 : « Si summonitiones (les semonces ou ajournements) omnes negaverit, pro qualibet jurabit XII^ms manu. »

[2] Warnkönig, *l. c.*, II, 27, *De legibus* : « Placitores populo plures leges faciebant vadiare, licet per unum repta(men)tum et uniloquium reptati fuissent. » Cf. Marnier, *Établissements,.. de Normandie*, 46. — De Plez, § 12, Somma I, 55.

[3] Warnkönig, *l. c.*, *De accusatoribus.* — Marnier, *l. c.*, *D'accusement de sergent.*

[4] L'officier public n'avait pas besoin de témoignages à l'appui de l'action qu'il intentait au nom du fisc. L'abus qui a été fait de ce privilége explique l'article 38 de la *Magna Charta*. Dans le *Roman de Rou* de R. Wace (XIIe siècle), v. 6014, les paysans normands révoltés se répandent en plaintes contre les baillis : « Tantes choses lor metent sur—kil ne se poent desranier. » Nous avons déjà vu (p. 39, note 1), « que c'était la coustume des sergens de tenser et hocqueler les bonnes gens. »

Digitized by Google

était, à cet égard, l'ancien droit de Lille. Le prolocuteur du demandeur ou tout autre qui l'amène aux fins du serment (*présenteres*) doit s'exprimer ainsi : *Veschi cest homme prest lui et ses sains de ses loys à faire viers tel homme sour cui il clama.* Le præsentator du défendeur tient le même langage, en terminant toutefois ainsi : *viers chelui qui sour lui clama* [1]. A partir de la présentation, aucune des parties ne peut quitter la place sous peine d'une amende de 60 sous envers le seigneur [2]. Avant la prestation du serment, les échevins, sur l'ordre du bailli ou du prévôt, donnent leur appréciation : *Nous ne savons choze parquoy il ne voisent as sains s'ils osent.* Le præsentator demande alors au nom de la partie : *Sire prévost puet il aller as sains?* Le prévôt répond : *Oil, s'il ose* [3]. Celui qui procède au serment sans cette autorisation du juge, même après la déclaration susmentionnée des échevins, encourt, sans toutefois tomber en déchéance, une amende de 60 sous envers le seigneur [4]. D'après le droit normand, celui qui, sans l'ordre exprès du juge, s'agenouille ou change la position par lui prise en vue du serment, tombe dans la *misericordia* du seigneur. Excellent moyen, pour des juges cupides, de pressurer les parties par des amendes multipliées. On lit à ce sujet dans les *Statuta et Consuetudines* [5] : « Des gens sans expérience s'agenouillent « sans attendre l'ordre du juge. Pour ce fait, on les met en « la *misericordia*, et le greffier les inscrit sur son rôle comme « passibles d'amende. Aussitôt ils se lèvent croyant réparer « leur faute. Les voilà de nouveau « en merci » pour s'être « levés sans l'ordre du juge, et le clerc inscrit de nouveau « la *misericordia* [6]. » Cette pratique était blâmée dès la fin du

[1] Roisin, 28.

[2] Roisin, 29, n° 5.

[3] Roisin, 24, n° 11.

[4] Roisin, 33, n° 10 : « Et est assavoir que nuls ne puet aler as sains, si seit à semonse de signeur par jugement d'eschevins en tel manière : Nous ne savons... Et encore apries che jugement ni puet nus ne nule aler sans congiet de signeur qu'il n'en kiece al signeur en LX sous, s'il y va sans congiet de signeur... » Cf. *l. c.*, 27, n° 4 *in fine*.

[5] Warnkönig, *l. c.*, II, 27, *De juratore et juramentis.* — Marnier, *Établ. de Norm.*, 47. — Cf. Rathery, *Études historiques sur les institutions judiciaires de la Normandie*, 26, Paris, 1839 (extrait de la *Revue française*.)

[6] « Placitatores vero ponebant in misericordia simplices populorum qui absque precepto justicie genua sua flectebant venientes ad juramenta sua.

XIIe siècle. Un garant du nom de Normans de Dogierville, cité par l'auteur de la compilation, la comparait à certain jeu d'enfant où, à ces mots *or sus Bernart!* (*surge Bernarde*), l'enfant interpellé devait immédiatement se lever, et faute de ce faire, était marqué au visage avec du charbon. Ainsi le clerc inscrivait *in misericordiam* sur son parchemin les gens sans expérience [1]. Dans le but de mettre un terme à ces roueries de la chicane [2], le sénéchal, s'inspirant à juste titre de la loi du talion, ordonna de mettre en prison les gens de justice qui se permettraient de telles iniquités, et de les y retenir jusqu'à ce qu'ils eussent payé, pour se racheter, leur dernière obole [3]. En outre ils devaient être notés d'infamie.

HECQUET DE ROQUEMONT.

BIBLIOGRAPHIE

JURIS ROMANI ANTIQUI

VESTIGIA, FRAGMENTA, MONUMENTA AD USUM SCHOLARUM

Collegit, notis instruxit CAR. GIRAUD, antecessor parisiensis [4].

Compte rendu par M. G. BOISSONADE,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Au XVIIIe siècle, un historien français du droit romain, presque oublié aujourd'hui, et c'est justice, Terrasson, avait compris et signalé la nécessité de joindre la connaissance des

Cum igitur genua flectentes se audissent accusari, de afflexione genuum surgebant. Placitores vero eos accusabant quia surrexerunt absque precepto justicie et ita clericus justicie eos in pelliculà suà scribebat in misericordia.» Ce n'était pas un cas de déchéance; autrement la *misericordia* n'aurait pas été encourue deux fois de suite. Dans le droit allemand, une amende était pareillement infligée à celui qui, sans la permission du juge, levait la main pour jurer ou la retirait des saints.

[1] Il fut *tainz* de charbon en la face; autresi *taignoit* li clers en son parchemin les simples gens en merci. (Marnier, *l. c.*)

[2] *Occasiones* (W.), *acheisons* (M.).

[3] Tant que ils eussent paié tout leur chatel jusqu'à la derrenière poitevine. Poitevine, ancienne petite monnaie. (Du Cange, gl. VII, 265.)

[4] *Parisiis*, apud Cotillon et filium, bibliopolas, 1872, in-12.

Digitized by Google

monuments législatifs à l'histoire de la jurisprudence romaine. A la fin de son ouvrage, il avait réuni des textes très-peu corrects de quelques fragments de lois anciennes. Vers la même époque, Pothier reproduisait dans ses Pandectes le travail vraiment magistral de Jacques Godefroy sur les XII Tables, avec quelques observations de détail.

Depuis lors, et pendant la seconde moitié du XVIIIe siècle où l'on avait tant négligé l'étude du droit romain, on n'avait plus songé, en France, à revenir aux monuments originaux.

Au commencement de ce siècle, un membre de l'Institut, Bouchaud, avait publié, avec un grand apparat d'érudition, des fragments plus ou moins authentiques des XII Tables. Son livre avait eu d'ailleurs quelque succès, puisqu'il a obtenu deux éditions. Bouchaud, cependant, n'avait guère fait que surcharger de recherches d'intérêt secondaire le beau travail de Godefroy qu'il faut toujours, en cette matière, prendre pour base de toute investigation ultérieure. Mais le travail de Bouchaud était marqué d'un vice radical : c'était une véritable fabrication de textes, fondée, il est vrai, sur des indications recommandables, mais que ne pouvait accepter la critique sévère de l'érudition moderne. Les érudits du XVIIe siècle et Jacques Godefroy lui-même n'avaient pas résisté à la tentation de restituer ainsi le texte de la célèbre loi décemvirale.

M. Ch. Giraud, lui aussi, dans les premiers temps de sa carrière de jurisconsulte érudit, avait cédé à cet entraînement, et à la suite de son *Histoire du droit romain*, il avait reproduit le dernier essai de restitution de ce genre qu'avait publié M. Zell, à Fribourg en Brisgau, en 1825. M. Blondeau, à son tour, avait emprunté à M. Giraud ce même travail pour l'insérer à la fin de sa traduction des Institutes. En effet, depuis la découverte de Gaïus, l'érudition juridique avait pris une autre voie : on s'était mis à rechercher plus soigneusement les textes et fragments de lois que nous a légués l'antiquitté romaine. Spangenberg et Haubold avaient composé, l'un, les *Tabulæ negotiorum solemnium* (1822), l'autre, *Antiquitates romanæ, monumenta legalia,* etc. (1830), deux livres encore précieux aujourd'hui, malgré leur imperfection au point de vue épigraphique.

Digitized by Google

Après eux, M. Dirksen ouvrit une voie tout à fait nouvelle : au lieu de restitutions arbitraires qu'il avait complétement condamnées, il discuta, et soumit à la critique la plus rigoureuse tous les témoignages et tous les documents de l'antiquité relatifs au célèbre monument de la loi des XII Tables, et il se borna à réunir en un seul faisceau tous ces documents épars.

De nos jours, les progrès toujours croissants de la connaissance du droit romain ont ramené encore les esprits vers l'étude de ces textes et des autres monuments législatifs échappés au naufrage de l'antiquité. L'exégèse des textes classiques compris dans les compilations de Justinien, ou découverts à Vérone, à Turin, au Vatican, paraissant épuisée, l'attention s'est reportée avec un nouveau zèle vers de nouvelles sources d'investigation et d'instruction. La science du droit a fait une alliance intime avec l'épigraphie.

En Allemagne, M. Rudorff successeur de Puchta, M. Klenze, M. Mommsen, M. Bruns, se sont appliqués avec succès à la jurisprudence épigraphique, et la découverte des Tables de Malaga a donné une nouvelle et plus vive impulsion à ce mouvement des esprits.

A Paris, M. Giraud, qui a pris la part que l'on sait aux débats soulevés par la découverte des Tables de Salpensa et de Malaga, avait depuis longtemps suivi la même direction. Déjà il avait publié, de concert avec M. Blondeau, il y a plus de trente ans, les fragments les plus notables des *Rei agrariæ scriptores*, dont MM. Lachmann et Rudorff ont donné postérieurement une édition nouvelle. Dans ses divers ouvrages et notamment dans ses *Recherches sur le droit de propriété* et dans son *Essai sur l'histoire du droit français*, M. Giraud s'était particulièrement appliqué à faire ressortir l'importance de ces antiques documents, pour la saine interprétation du droit romain. M. Böcking, à Bonn, et disons-le avec empressement, M. Accarias, notre jeune et savant collègue, dans son dernier ouvrage sur le droit romain, ont suivi la même voie.

Non contents de ces tentatives diverses, les maîtres de l'enseignement juridique, dans les deux pays, sont allés plus oin : dans son *Histoire du droit romain*, M. Rudorff, en 1857, a donné toute la mesure de l'importance qu'on doit attacher à cette étude des sources épigraphiques. Répondant à cet ap-

Digitized by Google

pel, M. Bruns a publié à Tubingue, en 1860, un livre intitulé : *Fontes juris romani antiqui in usum prælectionum*, travail dans lequel il avait été précédé, en ce qui touche la loi des XII Tables, par M. Gneist, de Berlin, en 1858.

Telle est la voie dans laquelle s'est placé, à son tour, notre savant inspecteur général, par la publication de ses *Juris romani antiqui vestigia; fragmenta, etc.* Il a suivi toutefois un sillon qui lui est propre et qu'il importe de signaler.

Le joli volume de M. Giraud comprend deux parties distinctes qu'il a intitulées, l'une, *Monumenta litteraria*; l'autre, *Monumenta epigraphica et alia.* Dans la première sont compris les vestiges qui nous sont parvenus des *Leges regiæ* et des lois des XII Tables, des lois Papiennes et de l'Édit perpétuel. Sur ces divers monuments, l'épigraphie ne nous apporte aucun secours. Dans cette partie de son travail, M. Giraud a suivi un ordre un peu différent de celui de M. Bruns, en ce qui touche les *Leges regiæ* et les fragments des XII Tables [1]. Pour ce qui est de la forme, il en diffère complétement : au lieu de s'appliquer à restituer des textes, M. Giraud préfère nous donner des *testimonia* et il rapporte fidèlement et exactement ceux qui nous sont parvenus sur ces deux classes de monuments législatifs.

M. Giraud se rapproche plutôt, en ce qui touche les XII Tables, d'une autre publication qu'il a indiquée et qui a paru à Leipsick en 1866 : *Legis XII Tab. reliquiæ*, par Rudolfus Schoell. Mais notre savant inspecteur, qui paraît avoir soigneusement revu et collationné à nouveau tous les textes composant son recueil (son exactitude habituelle et quelques différences de détail nous en donnent l'assurance), a apporté dans les développements plus de sobriété que ce dernier collecteur et cependant sa compilation offre, dans son ensemble,

[1] Nous n'en citerons qu'un cas, comme exemple, et la vérité nous semble bien être en faveur de notre savant maître : M. Giraud range dans la IIe table la célèbre formule : *Adversus hostem æterna auctoritas* (p. 11) ; M. Bruns la renvoie à la IIIe table; or, M. Bruns reconnaît que la source de ce texte est dans le *De officiis* de Cicéron (I, 12, 37), avec un autre texte qu'il place dans la IIe table : *Aut status dies cum hoste.* Or, est-il à croire que Cicéron ait réuni dans une seule et même phrase deux textes des XII Tables, appartenant à la même matière et tirés, l'un de la IIe table, l'autre de la IIIe ? Le bon sens et l'identité du sujet donnent bien à croire que l'ensemble des règles relatives à l'*hostis* était placé dans la même table.

Digitized by Google

un tableau complet et fidèle de ce qui nous reste de ce grand monument qu'on appelle la loi des XII Tables, et sur lequel nos compilateurs français ont été, ou si prolixes, comme Bouchaud, ou d'une si préjudiciable concision, comme le regretté M. Pellat.

M. Bruns a joint à sa collection un choix de fragments de Festus et d'anciens scholiastes ou grammairiens, tels que Varron, Asconius et Isidore de Séville; peut-être le livre de M. Giraud eût-il encore gagné à suivre cet exemple; peut-être aussi notre savant romaniste a-t-il pensé qu'il avait tiré de ces anciens lexicographes tout le parti qu'autorisait une judicieuse critique, à propos des *Leges regiæ* et des XII Tables; nous hésitons à nous prononcer sur ce point. Mais nous reprocherons plus loin au savant éditeur quelques autres omissions qui nous donneraient plus de regrets si elles n'étaient facilement réparables.

Il est, du reste, une partie de son travail dans laquelle M. Giraud est beaucoup plus complet que M. Bruns. Ce dernier a négligé les fragments des célèbres lois Papiennes et de l'Édit perpétuel sur lequel M. Rudorff a publié récemment (Leipsick, 1869, in-8°) un travail si remarquable, dans lequel il s'abandonne d'une façon très-ingénieuse, mais un peu trop complaisante peut-être, à des restitutions de formules. M. Giraud, en donnant ces fragments, s'est montré plus circonspect que M. Rudorff dont il avait, du reste, apprécié le travail d'une façon approfondie, dans la nouvelle *Revue historique de législation* (1870, p. 193 et s.); il s'est attaché davantage aux publications de MM. Haubold et Hænel sur l'édit perpétuel. Pour les lois Papiennes, M. Giraud avait pour prédécesseurs deux érudits distingués, l'un le célèbre Heineccius, l'autre le très-estimé M. Van Hall. Notre auteur a rejeté tout ce qu'il y avait de conjectural dans Heineccius et il a suivi le plus souvent M. Van Hall.

On voit que, pour toute cette première partie, le travail de M. Giraud ne peut être confondu avec celui de M. Bruns.

Dans la seconde partie de son recueil, M. Giraud a suivi encore une voie assez différente de celle de M. Bruns : il a omis à dessein quelques monuments édités par M. Bruns et il en a publié que ce dernier avait négligés.

M. Giraud donne, comme M. Bruns, douze lois ou frag-

Digitized by Google

ments de lois anciennes; il y restitue fidèlement l'orthographe authentique, prenant pour guide invariable de son travail le véritable état, le *prout jacet* des monuments. Ce procédé peut en rendre la lecture et l'intelligence moins rapides, mais il est infiniment plus correct dans un ouvrage d'érudition. M. Bruns, au contraire, a donné en quelque sorte la traduction de ces divers monuments en orthographe moderne, ce qui leur ôte leur véritable physionomie.

Du reste, l'importance de ces lois n'échappera à personne. La loi Thoria (*agraria*) est indispensable pour la connaissance de la condition ancienne des *agri divisi* et *adsignati* [1]. La loi Servilia *repetundarum* est plus importante encore par la perfection de sa rédaction et par les renseignements qu'elle nous donne sur l'ancien droit criminel de Rome. Comment peut-on expliquer la procédure formulaire si l'on n'a pas médité sur la loi Rubria (*lex Galliæ cisalpinæ*) [2] ? Et comment comprendre certaines parties du droit des personnes et l'*in integrum restitutio*, si l'on ne prend pour texte fondamental le document que nous transmet la *lex Julia municipalis* autrefois appelée *tabula Heracleensis ?* Mentionnons encore l'importance de cette dernière loi, au point de vue du droit public municipal romain. Il est inutile de dire qu'on trouve dans le recueil de M. Giraud les deux Tables célèbres de Salpensa et de Malaga dont l'authenticité a soulevé une si vive polémique entre les érudits de France et d'Allemagne : le savant éditeur n'a pas négligé cette occasion d'améliorer encore ces deux textes qui lui étaient déjà si redevables [3].

[1] Pour les restitutions de la loi Thoria, M. Giraud avait à choisir entre celles du judicieux Rudorff qui ont obtenu de la célébrité, celle de M. Huschke et celles du *Corpus inscriptionum* de Berlin; M. Giraud a pris pour base le texte et le grand travail de Rudorff, mais il a donné place à beaucoup d'améliorations introduites par Huschke et par l'éditeur du *Corpus* de Berlin.

[2] M. Giraud s'est attaché à toutes les récensions qui pouvaient donner les textes les plus fidèles, et souvent elles s'écartent des leçons données par M. Bruns; ainsi pour cette loi Rubria, il y a sur le bronze: *Formula quæ s. s. s. s. s. aut Mutinam*, M. Bruns (p. 54) n'interprète qu'une partie de ce *sigmatisme* (*formula quæ supra scripta sunt*), M. Giraud (p. 149) traduit par *formula quæ supra scriptæ sunt, scripta sunt.*

[3] V. M. Giraud, *Tables de Salpensa et de Malaga* (Paris, 1856, in-8°); la *lex Malacitana*, pour faire suite à l'ouvrage précédent (Paris, 1868, in-8°) et *Revue historique*, t. XII et XIII.

Digitized by Google

Mais à l'occasion des lois Mamilia et Quinctia nous ferions volontiers une petite querelle à M. Giraud : il les a placées dans les *Monumenta epigraphica* quoiqu'elles soient tirées, non d'inscriptions romaines, mais de la compilation des *Rei agrariæ scriptores*. Le même reproche s'adresserait à Bruns : sans doute, les deux savants éditeurs ont préféré classer ces deux fragments d'après leur nature plutôt que d'après la source qui nous les avait rendus.

Dans la division suivante de sa compilation, M. Giraud a donné deux sénatus-consultes que l'épigraphie nous a conservés (*De bachanalibus* et *De ædificiis non diruendis*), plus un sénatus-consulte *De aquæductibus* tiré du livre de Frontin. M. Giraud rapproche du sénatus-consulte sur les bachanales, où l'on trouve des dispositions singulières encore inexpliquées, un passage non moins curieux et aussi obscur de Tite-Live, sur le privilége accordé par le sénat à l'affranchie Hispala Fecenia qui avait dénoncé les bachanales.

Viennent ensuite deux édits impériaux : l'*edictum Augusti de aquæductu Venafrano*, d'une si belle latinité, et l'*edictum Honorii et Theodosii de conciliis a provincialibus Arelati habendis*, ordonnant que, chaque année, se tiendrait à Arles une sorte de diète des dignitaires municipaux des sept provinces de la Gaule méridionale, diète qu'on a appelée souvent les *États-généraux* de la Gaule romaine. Déjà en 1835, M. Giraud avait donné, à la suite de sa *Notice sur Fabrot* (Aix, 1835, in-8°), deux textes de cet édit, l'un d'après Wenck, l'autre d'après les cartulaires d'Arles; il a ici combiné ces deux textes en adoptant les leçons les plus probables.

La division suivante contient un choix de monuments relatifs aux contrats ou actes judiciaires qui nous sont parvenus des Romains, ce sont les *Tabulæ negotiorum solemnium*, sur le *mutuum*, les donations, la vente, etc. Sous la rubrique du *pignus*, M. Giraud a donné trois *tabulæ alimentariæ* de Trajan, curieuses et importantes pour l'histoire du droit d'hypothèque : elles prouvent que le simple pacte d'hypothèque (*obligatio prædiorum*), que Cicéron mentionne comme une nouveauté de son temps, était devenu constitutif d'un droit réel à l'époque de Trajan. M. Giraud y a joint la *fiduciæ forma* que M. Paul Gide venait de publier dans la *Revue historique de législation* (1870), avec une importante annotation.

Digitized by Google

Ensuite, se trouvent diverses formes de testaments : entre autres, le fameux testament de Dasumius que M. Giraud avait publié pour la première fois en France, à la suite de ses *Recherches sur le droit de Propriété*, p. 268 (Aix, 1838, in-8°), et que M. Laboulaye avait plus tard reproduit d'une manière plus complète, après M. Rudorff. Là enfin, se trouve le *procès-verbal* curieux de l'ouverture d'un testament romain.

Mentionnons aussi des formules intéressantes concernant les *collegia* ou corporations ouvrières et des *sententiæ* rendues dans les *causæ forenses*.

Enfin, M. Giraud a inscrit à bon droit dans sa collection un monument aussi touchant que curieux qu'il avait eu, le premier, l'honneur de nous faire connaître en France, la *Laudatio funebris*, déjà publiée par lui dans le *Journal des Savants* (1870), avec la traduction et une notice très-intéressante. M. Giraud a promis de compléter ce travail, et il lui appartient plus qu'à tout autre de faire ressortir tous les éclaircissements nouveaux que ce monument apporte sur la condition du *mariage romain*, sur la *tutela gentilium* et sur la *ruptio testamenti*.

Nous avons dit que M. Giraud aurait pu ajouter utilement à sa collection quelques fragments qui manquent également dans Bruns : par exemple, un édit, en grec, de Tibère Jules Alexandre, préfet d'Égypte, déclarant que la femme du comptable sera préférée au fisc et renfermant à ce sujet d'intéressantes dispositions. Cet édit se trouve déjà dans le *Journal des Savants*, de 1822. La collection des Papyrus grecs de la bibliothèque nationale renferme aussi quelques pièces qui auraient pu figurer dans les *Tabulæ negotiorum solemnium*. Il sera facile à M. Giraud de combler cette lacune, dans les éditions nouvelles que ne peut manquer d'avoir son excellent livre. Il pourra aussi y insérer la *Tabula Clesiana* que vient de publier M. E. Dubois, professeur à Nancy, dans la *Revue historique de législation* (1872).

Nous aurions mauvaise grâce, sous prétexte de critique indépendante, à faire la guerre à M. Giraud, au sujet de sa latinité, pour une ou deux négligences qu'il a laissées se glisser dans ses notes et qui auraient pu donner matière à un *erratum* : si nous ne le faisons pas, ce n'est pas parce que

Digitized by Google

nous avons été et sommes toujours le disciple de M. Giraud (il n'admettrait pas nos scrupules), c'est parce que nous savons qu'il a imprimé son joli volume pendant notre premier siége, et MM. les érudits prussiens, si peu indulgents d'ordinaire pour les érudits français, auront peut-être la pudeur, cette fois, de n'en pas parler plus que nous.

M. Giraud, répétons-le, a rendu un grand service à notre enseignement, en vulgarisant chez nous ces textes originaux. Leur majestueuse antiquité doit ajouter encore, dans l'esprit de la jeunesse, au respect qu'inspirent les monuments juridiques de ce peuple dont la mission semble avoir été de fonder la science du droit sur des bases impérissables et d'en transmettre à la postérité d'admirables modèles.

G^ve BOISSONADE.

PRÉCIS DE DROIT ROMAIN.

Par C. Accarias, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris[1].
(Tome premier.)

Compte rendu par M. Ch. Lyon-Caen,
professeur agrégé à la Faculté de droit de Nancy.

(Deuxième article.)[2]

Les matières du second livre des Institutes ont donné à M. Accarias l'occasion, plus encore que celles du premier, de montrer toutes ses éminentes qualités de jurisconsulte et de romaniste. La théorie des droits réels, les successions testamentaires ont un caractère beaucoup plus juridique que les affranchissements ou le mariage. Il n'est donc pas surprenant qu'un esprit aussi logique que celui de notre très-savant collègue y ait développé plus particulièrement toutes ses ressources.

C'est dans cette deuxième partie surtout qu'apparaît l'ex-

[1] Paris, Cotillon et fils, libraires du Conseil d'État, 24, rue Soufflot, 1872, un volume in-8° de 976 pages.

[2] Voir le dernier numéro de la *Revue critique de législation et de jurisprudence* du 15 février 1872 (pages 185 et suiv.).

Digitized by Google

cellence de la méthode de M. Accarias. Beaucoup d'auteurs ont jugé bon, dans des livres de droit romain d'ailleurs très-recommandables, de commenter les Institutes paragraphe par paragraphe. Cette méthode a sans doute l'avantage d'exciter le lecteur à étudier les textes en eux-mêmes, mais elle offre en même temps le plus grave inconvénient : elle empêche de voir la liaison des idées et d'apercevoir les théories juridiques dans leur ensemble. M. Accarias a su, tout en s'attachant aux textes, éviter cet écueil ; il divise chaque matière rationnellement ; il reproduit en tête les différents paragraphes se rapportant à son sujet, sans s'astreindre à suivre rigoureusement leur ordre, qui presque toujours est complétement arbitraire. Il parvient ainsi à bien faire saisir le lien logique qui unit les applications de détail aux théories générales.

Au début du second livre, son objet se trouve très-bien indiqué par une ingénieuse opposition entre ce livre et le précédent. Quand il s'agit *des choses*, les classifications n'ont point l'importance qu'elles ont *pour les personnes*. Les classifications ne sont que l'accessoire. Comme en droit, on ne s'occupe des choses qu'au point de vue de l'utilité que les hommes peuvent en tirer; ce qui doit surtout fixer l'attention du jurisconsulte, ce sont les droits que les hommes peuvent avoir sur elles.

Après avoir exposé la division fondamentale des droits *en droits réels et droits de créanee*, les différentes divisions des choses, l'auteur passe au droit réel par excellence, *à la propriété*. A propos de l'exposé historique des idées romaines sur la propriété, nous croyons devoir faire une critique. Au lieu d'indiquer immédiatement comment les principes rigoureux du droit romain primitif se trouvèrent adoucis par la reconnaissance du *dominium bonitarium*, l'auteur ne parle de cette nouvelle espèce de propriété qu'à propos de la tradition. On ne voit pas ainsi avec une clarté suffisante la série des progrès de la législation et leur résultat définitif. Nous nous étonnons d'autant plus d'avoir à signaler ce défaut que M. Accarias, dans son excellente introduction générale annonce (ce qu'il a su faire presque toujours avec grand talent) qu'il s'attachera à montrer le développement historique des institutions.

Digitized by Google

Dans la partie relative à la propriété et aux manières de l'acquérir, nous avons à plusieurs reprises remarqué un vice de disposition matérielle que nous signalons pour que l'auteur le fasse disparaître dans ses éditions postérieures. Des observations capitales, même des principes généraux sont rejetés en note, au lieu d'être insérés dans le texte même. Ainsi, c'est dans la note 1 de la page 486 qu'il est dit que bien que *l'injure cessio* s'applique en principe aux *res mancipi et nec mancipi*, par exception les fonds provinciaux ne sont pas transmissibles de cette manière. C'est aussi en note de la page 473 que notre savant collègue rappelle le principe fondamental du droit romain selon lequel la convention ne suffit point pour opérer le transport de la propriété, ni d'aucun droit réel reconnu par le *jus civile*. Sans doute ce principe se rattache plus directement à la matière des contrats; mais il a une importance tellement capitale qu'il est bon de le mettre en relief à propos même des modes de translation de la propriété ou de constitution des droits réels.

A la propriété succède une étude résumée, mais très-complète, de la possession. Puis vient l'examen des différents modes d'acquisition de la propriété. Nous signalons ici tout particulièrement l'explication si ingénieuse et si nettement présentée de la théorie de la *justa causa*, soit dans la tradition, soit dans l'usucapion. M. Accarias s'est attaché avec grande raison à bien montrer que la *justa causa* n'est pas la même chose dans l'usucapion et dans la tradition. Dans la tradition, la *justa causa* consiste uniquement dans une volonté spéciale et réciproque d'aliéner et d'acquérir; il ne faut pas confondre cet accord de volonté avec le fait antérieur qui lui sert de cause. (V. pages 491 et suiv.) Au contraire, en matière d'*usucapion*, la règle générale c'est que la *justa causa usucapiendi* consiste dans un fait juridique antérieur à la tradition, ou tout au moins indépendant d'elle, etc. (pages 507 et suiv.).

Cette même matière de l'usucapion a donné à M. Accarias l'occasion de se prononcer sur une question très-délicate qu'ont fait naître les réformes de Justinien. Il est bien certain que Justinien admit, au point de vue du délai de la possession en matière d'immeubles, les règles de la *præscriptio longi temporis*. Mais à tous autres points de vue, Justinien a-t-il

Digitized by Google

entendu consacrer les règles de cette institution prétorienne ou celles de l'*usucapion?* M. Accarias semble ne plus admettre de doctrine absolue, car il pose bien en principe (p. 535 *in fine* et p. 536) que « dans le silence de Justinien, il faut plutôt « présumer le maintien du droit propre à l'usucapion; car, « jusqu'à preuve contraire, qui conserve le mot conserve la « chose. » Il reconnaît bien, conformément à ce principe, que l'usucapion nouvelle peut s'accomplir *inter moras litis.* Mais il ajoute : « Elle s'accomplit non-seulement contre le « propriétaire, mais aussi contre les créanciers hypothé- « caires. Cette doctrine déroge-t-elle au principe d'après le- « quel la propriété ne s'acquiert que sous la réserve des « charges qui la grevaient antérieurement? Non, car ce n'est « pas la simple acquisition du droit de propriété qui est op- « posable au créancier hypothécaire, mais il y a deux pres- « criptions distinctes dont chacune a ses conditions propres, « au moins en ce qui concerne le laps de temps. » Cette dernière partie de l'exposé de la doctrine de notre très-savant collègue renferme une petite confusion. S'il y a deux prescriptions distinctes, l'une acquisitive de la propriété, l'autre extinctive du droit d'hypothèque, l'extinction de l'hyothèque n'est point une conséquence de l'acquisition de la propriété, et il n'y a nullement là une dérogation au principe, d'après lequel la propriété n'est acquise que sous la réserve des charges qui la grevaient antérieurement.

L'examen des démembrements de la propriété constitue une des meilleures parties du livre. L'auteur y traite non-seulement des démembrements ayant leur origine dans le droit civil, c'est-à-dire des servitudes, mais encore des droits réels d'origine prétorienne ou impériale, c'est-à-dire de l'hypothèque de la superficie, de l'emphytéose. Le critique le plus sévère n'aurait ici aucun défaut grave à signaler.

Bornons nous à faire remarquer que l'auteur eut dû, quand il s'est occupé du non-usage, poser la question relative à la nécessité du juste titre et de la bonne foi chez le propriétaire du fonds servant pour les servitudes prédiales, et ne pas la restreindre aux servitudes personnelles, car elle se pose aussi pour les servitudes prédiales. (Voy. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, § 357, page 787, tome 1er, 7e édition, Ortolan, n° 469, page 331, *bis* 10, 8e édition.) Mais nous

Digitized by Google

devons reconnaître que pour ces dernières servitudes la question est beaucoup moins douteuse que pour les servitudes personnelles.

En suivant toujours l'ordre général des Institutes, M. Accarias, après avoir exposé la théorie des droits réels et expliqué les matières contenues dans les deux titres *quibus alienare licet vel non* et *per quas personas nobis acquiritur* (Inst. livre, 2, titres 8 et 9), passe à la théorie *des donations et des constitutions de dot.* Il la range sous le titre d'*appendice à la théorie des droits réels.* Il justifie cette place assignée à cette matière en disant très-judicieusement (note 1, page 673) : « Si l'on considère que le plus ordinairement la donation « et la constitution de dot ont pour but immédiat une aliéna tion, la place que je leur assigne paraîtra déterminée « par des convenances logiques plutôt encore que par les « exigences des programmes officiels. »

L'étude des différentes espèces de donations est précédée de notions générales sur les caractères que devait réunir un acte pour constituer ce que les jurisconsultes romains appelaient *donatio.* Puis dans des paragraphes particuliers sont exposés les principes spéciaux aux donations entre-vifs, aux donations à cause de mort, à la donation entre époux. Nous devons attirer l'attention sur l'explication très-complète de la loi *Cincia.* Afin de bien montrer toutes les applications un peu compliquées de cette loi, l'auteur l'applique successivement à la donation par voie de dation, à la donation par voie d'obligation, de délégation, de remise de dette (pages. 678 et suiv.).

Pour ce qui est de l'idée générale des dispositions de la loi Cincia, l'auteur s'écarte un peu de la manière dont les choses sont présentées ordinairement. Pour lui « la loi Cin« cia ne prohiba pas les donations *ultra modum*, mais elle « en rendit la perfection plus difficile à réaliser. Au lieu de « tenir la volonté du disposant pour certaine, et la donation « pour parfaite aussitôt et par cela seul que le donataire se « trouverait investi d'un droit quelconque, elle exigea pour « cela le plein dessaisissement du donateur. » (Voy. page 681, note 2.)

Notre savant auteur procédant toujours avec méthode, a eu l'excellente idée de ne pas faire, à l'exemple de plusieurs

Digitized by Google

commentateurs, la comparaison entre les donations à cause de mort et les legs à propos de ces donations sur le §1 du titre *De donationibus* (2, VII, Inst.). Il a réservé cette comparaison pour l'exposer après la matière des legs. Comment en effet comparer entre eux deux actes juridiques sans connaître complétement l'ensemble des règles qui régissent chacun d'eux (pages 931 et suiv.) ?

La dernière grande matière examinée dans le tome 1er du *Précis de droit romain* est celle des *hérédités*.

Toujours préoccupé à juste titre de montrer la place de chaque matière dans l'ensemble du droit et le lien logique qui la rattache à d'autres, M. Accarias indique que les Institutes, à partir du titre 10 du livre II (*De testamentis ordinandis*), traitent de la transmission du patrimoine ou des acquisitions *per universitatem*. Il énumère les neuf modes par lesquels s'opérait la transmission du patrimoine, et passe à l'étude spéciale du principal d'entre eux, c'est-à-dire aux *hérédités*.

Des notions générales précèdent l'examen de chacune des parties qui composent cette si importante matière. Parmi elles nous signalerons une lacune : peut-être eût-il été bon, dès le début, de mentionner l'opposition si capitale entre les hérédités du droit civil et la *bonorum possessio*.

L'auteur s'est conformé à l'ordre des Institutes pour l'exposition de chaque matière spéciale des hérédités testamentaires, et nous le regrettons en ce qui concerne l'exhérédation et les testaments inofficieux. Ces deux sujets se trouvent, par suite, séparés; il y a cependant le plus grand intérêt à les rapprocher. Les règles sur la *querela inofficiosi testamenti* paraissent avoir été posées pour corriger l'insuffisance des résultats produits par les principes de l'exhérédation. Sans ce rapprochement, il est bien difficile d'apercevoir le développement des restrictions apportées à la liberté de tester dans l'intérêt de certains parents du testateur.

L'importance des lois caducaires, dont les dispositions ont eu leur contre-coup dans presque toutes les parties des hérédités testamentaires, mérite bien qu'on y consacre un chapitre spécial. C'est ce qu'a très-bien compris M. Accarias. Seulement, son chapitre (pages 850 à 861) n'est rattaché par lui à aucune idée antérieure, de telle sorte que sa *théorie des*

Digitized by Google

lois caducaires arrive comme à l'improviste après les substitutions quasi-pupillaires et avant les legs. Mais, du reste, ce sujet spécial est très-bien étudié : l'auteur examine successivement les dispositions des lois caducaires, les moyens employés pour les éluder et leur abrogation successive.

Les legs et le fidéicommis sont examinés sous le titre général de *charges qui peuvent être imposées par le testateur à son héritier*.

Toutes les grandes théories comprises dans la matière des legs (accroissement, règle catonienne, *diei cessio*) sont développées avec grand soin. Cependant nous n'avons pas trouvé très-satisfaisante la théorie du *dies cedens* (pages 873 et suiv., n°s 281 et suiv.). Sans doute M. Accarias indique très-complétement, avec une parfaite lucidité, ce qu'on entend par *dies cedit* et par *dies venit*, et les effets juridiques attachés au *dies cedit*. Mais cela n'est pas suffisant pour donner au lecteur une idée bien nette de toute cette théorie. Pour quelle raison a-t-on distingué le *dies cedit* du *dies venit?* Pourquoi a-t-on admis que certains effets qui régulièrement n'auraient dû se produire que lors de l'acquisition définitive du droit par le légataire, se réalisaient antérieurement à un moment désigné par l'expression *dies cedit?* Voilà ce que l'auteur ne nous explique pas.

Le volume se termine par un appendice contenant l'indication des ressources que le génie fiscal des empereurs romains sut tirer des successions testamentaires (impôt du vingtième et indignité) et par un tableau des priviléges accordés aux militaires en matière de testament.

En résumé, le livre dont nous venons de rendre compte est l'un des ouvrages de droit romain les plus remarquables publiés en France depuis de longues années. En le composant, M. Accarias s'est du premier coup placé au premier rang parmi les romanistes.

Nous espérons que le second tome, contenant les obligations et les actions, ne tardera pas à paraître. En hâtant sa publication, M. Accarias rendra le plus grand service à tous ceux qui s'occupent de droit romain par goût ou par obligation. Ce service sera d'autant plus grand que le nombre trop restreint aujourd'hui de ceux qui se livrent à des études sérieuses de droit augmentera si, comme nous nous plaisons

Digitized by Google

à l'espérer, l'Assemblée nationale adopte le projet de sa commission de réorganisation judiciaire, suivant lequel le diplôme de docteur en droit est exigé pour tous les jeunes aspirants aux fonctions de la magistrature. CH. LYON-CAEN.

CONFÉRENCES

SUR L'ADMINISTRATION ET LE DROIT ADMINISTRATIF,

Par M. Aucoc, conseiller d'État.

(Tome II.)[1]

M. Aucoc vient de publier le second volume de ses *Conférences* à l'École des ponts et chaussées. La *Revue* a déjà rendu compte du premier volume de cet ouvrage qui, par son titre, semble spécialement destiné à l'instruction des ingénieurs et des élèves des ponts et chaussées, mais qui s'adresse en réalité à tous les jurisconsultes curieux d'approfondir une des branches les plus importantes du droit administratif. Ce second volume est spécialement consacré aux entreprises de travaux publics, aux contrats qu'elles motivent, aux effets qu'elles produisent, tant à l'égard de l'État et des entrepreneurs qu'à l'égard des tiers atteints par l'expropriation ou par des servitudes et des dommages résultant de ces travaux. Un exposé très-net des notions de droit civil qui se rattachent à ces matières, d'utiles développements historiques et financiers sur l'affectation, l'emploi, la comptabilité des deniers publics consacrés à l'exécution des travaux servent d'introduction à ce traité. La plupart des matières étudiées dans ce volume ont déjà trouvé place dans les traités généraux de droit administratif ou dans les ouvrages spécialement consacrés aux travaux publics; mais, outre qu'elles sont rajeunies par la méthode de l'auteur et ses excellents procédés d'exposition, elles se recommandent aussi par des innovations partielles très-importantes; c'est ainsi que l'on trouve, dans l'ouvrage de M. Aucoc, un commentaire

[1] Dunod, éditeur.

Digitized by Google

complet de la loi de 1865 sur les associations syndicales, et des aperçus nouveaux d'un grand intérêt pratique sur le *cahier des clauses et conditions générales*, substitué en 1866 à celui de 1833. M. Aucoc a pu recueillir aussi, mieux que nul de ses devanciers, les plus récentes décisions de la jurisprudence administrative et tenir compte des incontestables progrès qu'elle a accomplis dans ces dernières années. L'auteur avait plus que personne le droit de les mentionner et de s'en prévaloir, car il a certainement été, dans l'exercice de ses fonctions de commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'État, un des organes les plus éclairés, un des agents les plus convaincus et les plus actifs de ces progrès de la jurisprudence. Les doctrines qu'il a fait plus d'une fois triompher et qui s'inspirent d'un respect sincère pour les droits individuels, auraient peut-être paru trop libérales à ceux qui ne voulaient voir dans la juridiction administrative qu'un moyen d'assurer à l'État, contre les particuliers, le succès des prétentions les plus risquées; mais elles rendent à l'État un service plus réel et plus avouable en ne séparant plus sa cause de celle de la vraie justice et en rétablissant, entre les justiciables des tribunaux administratifs, une équitable égalité.

E. L.

L'Éditeur-Gerant : COTILLON.

---

797 — Paris. — Imprimerie Cusset et C°, 26, rue Racine.

Digitized by Google

NOTE DE LA RÉDACTION.

Nos collaborateurs et nos correspondants insistent fréquemment près de nous pour hâter l'insertion d'articles consacrés à l'examen de publications nouvelles.

Nous comprenons leur empressement, et nous serions heureux de leur donner satisfaction, car ces travaux ont, pour la plupart, un intérêt d'actualité qui rend une prompte publication désirable.

Malheureusement, les auteurs de ces comptes rendus bibliographiques perdent souvent de vue le caractère de notre recueil et sa périodicité restreinte; ils se laissent aisément entraîner à transformer de simples notices en articles fort étendus qui absorberaient la *Revue* tout entière si nous leur accordions la place que l'on sollicite pour eux. Nous ne commettons point d'exagération en disant que les travaux de cette nature accumulés entre nos mains suffiraient pour remplir entièrement les cadres de la *Revue* pendant près d'une année.

Nous sommes donc obligés de rappeler à nos honorables correspondants que la bibliographie, quelque intéressante qu'elle soit par son sujet et par la manière dont il est traité, ne peut occuper dans la *Revue* qu'une place relativement restreinte. D'un autre côté, nous sommes très-touchés de l'intérêt que présente, pour nos lecteurs et pour les auteurs des ouvrages nouveaux, la publication rapide de notices bibliographiques.

Digitized by Google

Le seul moyen de satisfaire à cette double nécessité, c'est de multiplier ces notices et de réduire sensiblement les dimensions de chacune. Au lieu de consacrer une feuille d'impression, quelquefois davantage, à une publication unique, il y aurait profit pour tout le monde, auteurs et lecteurs, à partager équitablement cet espace entre six ou huit intéressés. Ce résultat sera facilement obtenu si nos correspondants et nos collaborateurs veulent bien se borner à des mentions spéciales à l'ouvrage annoncé au lieu de le prendre pour texte de dissertations étendues sur les matières que l'auteur a traitées. Nos lecteurs seront ainsi mieux tenus au courant des productions nouvelles, et les auteurs obtiendront plus promptement les mentions qu'ils sont en droit d'attendre de nous.

Nous comptons commencer dans la prochaine livraison de la *Revue* l'application de cette méthode; aussi n'osons-nous promettre l'insertion prochaine des comptes rendus que leurs dimensions nous ont obligés d'ajourner jusqu'à ce jour, à moins que leurs auteurs ne veuillent bien leur faire subir des *réductions très-importantes* que nous ne nous permettrions pas d'opérer nous-mêmes.

L'éditeur de la *Revue* s'empressera de leur retourner à cet effet, sur leur demande, les articles bibliographiques qu'ils croiront devoir modifier et restreindre.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DE LA DÉLIMITATION DU DOMAINE PUBLIC.

Par M. E. Reverchon, avocat général à la Cour de cassation, ancien maître des requêtes au Conseil d'État.

Les lecteurs de la *Revue critique* n'ont assurément pas perdu le souvenir des vives et savantes controverses auxquelles a donné lieu, entre MM. Christophle, Aucoc, Serrigny et Batbie, la question de la délimitation du domaine public, particulièrement en ce qui concerne la mer et les rivières navigables. (V. la *Revue critique*, t. XXXII, p. 385 ; XXXIV, p. 121 et 353 ; XXXV, p. 101 et 297.)

Depuis cette époque, un document important est venu s'ajouter à ceux que M. Aucoc avait invoqués à l'appui de son système : nous voulons parler d'une décision rendue, le 7 mai 1871, par la commission provisoire qui a remplacé le Conseil d'État à partir du 15 septembre 1870. Cette décision, portant confirmation d'un conflit élevé par le préfet de la Charente-Inférieure, est ainsi conçue[1] :

« Considérant que, par arrêté du 3 septembre 1870, le préfet de la Charente-Inférieure a élevé le conflit d'attributions dans une instance pendante entre lui et le sieur Jabouin, agissant en qualité de tuteur du mineur Ozanneau, devant le tribunal civil de la Rochelle, et relative à la propriété d'un terrain situé sur la rive gauche de la rivière navigable *le Vieux-Mignon ;* — que cette instance soulevait la question de savoir si la pièce de terre litigieuse, sur laquelle l'administration avait fait opérer des travaux, motivant contre elle une action en dommages et intérêts de la part dudit sieur Jabouin ès nom, faisait ou ne faisait pas partie du lit du cours d'eau navigable le Vieux-Mignon, et que le conflit tendait au renvoi du débat engagé sur cette question à l'autorité administrative ;

« Considérant que le tribunal civil était incompétent pour connaître d'une semblable question ; — qu'en effet c'est à

[1] Une décision semblable a été rendue par la même commission le 13 mars 1872.

Digitized by Google

l'administration, seule investie du droit de veiller à la conservation des fleuves et rivières navigables, qu'il appartient exclusivement soit de déterminer les limites de ces cours d'eau, soit de fixer, par voie d'interprétation, le sens des actes administratifs de délimitation déjà intervenus, soit d'en assurer le maintien ;

« Que le tribunal civil de la Rochelle, dans la décision portant rejet du déclinatoire proposé par le préfet antérieurement à l'arrêté de conflit, objecte, à la vérité, qu'après la délimitation opérée, l'autorité judiciaire conserverait le pouvoir de rechercher les limites *naturelles* du cours d'eau, et que l'administration est réputée n'en avoir déterminé que les limites *administratives*, en se conformant aux besoins de la navigation, sous la réserve, en faveur des tiers, du droit de demander des dommages et intérêts pour le cas où, du rapprochement de ces dernières limites avec les premières, résulterait un empiétement sur les terrains leur appartenant ;

« Mais considérant que l'administration n'a d'autre mission que celle de reconnaître et constater les limites véritables des cours d'eau navigables et flottables, c'est-à-dire celles résultant de l'état naturel de ces cours d'eau, et que, si elle dépassait, au préjudice de propriétés privées et sans observation des formes prescrites par la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, les limites ainsi fixées par la nature, elle commettrait un excès de pouvoir susceptible d'être réprimé par la juridiction administrative ;

« Qu'il suit de là que le tribunal civil de la Rochelle était lié par la délimitation ordonnée et opérée dans l'espèce, et dont la réformation n'a point été obtenue, et que cette délimitation ne pouvait être remise en question devant l'autorité judiciaire, même dans le but d'arriver à une simple condamnation pécuniaire, qui, reposant sur la déclaration d'un droit préexistant de propreté contredit par les actes concernant ladite délimitation, serait inconciliable avec ces actes ;

« Art. 1er L'arrêté de conflit pris, le 3 septembre 1870, par le préfet de la Charente-Inférieure, dans l'instance pendante entre lui et le sieur Jabouin, ès nom, devant le tribunal civil de la Rochelle, est confirmé, en tant qu'il revendique pour l'autorité administrative la connaissance de la question

Digitized by Google

préjudicielle de savoir quelle est la consistance et quelles sont les limites de la rivière navigable *le Vieux-Mignon* au devant des propriétés du mineur Ozanneau.

« Art. 2. L'exploit introductif d'instance du 3 novembre 1869, les conclusions du sieur Jabouin ès nom et le jugement du tribunal civil de la Rochelle du 28 juillet 1870 sont considérés comme non avenus, en ce qu'ils ont de contraire au présent arrêté. »

Peu de temps après, la chambre des requêtes de la Cour de cassation a été, à son tour, saisie d'une affaire analogue, et, quoiqu'elle n'ait rendu sur cette affaire qu'un arrêt d'admission, qui a laissé ou renvoyé la solution ultérieure et définitive à la chambre civile, il me semble qu'il peut n'être pas sans intérêt de placer dès à présent sous les yeux du public judiciaire les considérations principales qui m'ont paru de nature à justifier la jurisprudence admise jusqu'à ce jour par la Cour de cassation. Je résume dans les termes suivants l'analyse des conclusions que j'ai prises sur cette affaire :

« Le pourvoi qui vous est soumis soulève une question d'application des dispositions légales qui déterminent les attributions respectives de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire, en ce qui concerne la délimitation du domaine public. Un des auteurs qui ont écrit avec le plus de succès et d'autorité sur ces matières, M. Serrigny, a dit que ces questions étaient, à ses yeux, les plus importantes du droit administratif. Quoiqu'elle soit un peu exagérée, cette appréciation est fondée à beaucoup d'égards ; dans tous les cas, elle fait pressentir immédiatement la gravité des principes et des intérêts dont la Cour est appelée ici à se préoccuper. L'espèce actuelle, d'ailleurs, ne naît pas d'un fait isolé ; elle n'est qu'un incident d'une lutte engagée entre un certain nombre de riverains de la basse Seine et l'administration.

« En fait, une loi du 31 mai 1846 a affecté une somme de 75 millions à divers travaux de navigation intérieure, parmi lesquels figurait, pour un premier crédit de 3 millions, le projet, plus d'une fois étudié, d'améliorer la navigation de la Seine entre Villequier et Quillebeuf. L'exécution de ce projet, commencée dès 1846, fut naturellement interrompue ou ralentie par la révolution de 1848 ; mais elle a été reprise et

Digitized by Google

achevée après 1852, et elle a produit les plus importants résultats.

« Au point de vue maritime et commercial, d'abord, ce travail a donné au fleuve une profondeur moyenne de 6m,50, là où elle n'était que de 3m,50, et a ainsi permis d'en fixer le cours dans un chenal beaucoup plus étroit. Il a désormais réduit à l'état de souvenir historique le renom tristement légendaire des dangers qu'offrait la passe de Quillebeuf et il a supprimé le tribut annuel de naufrages qu'elle imposait aux navires marchands. Il a diminué de 10 à 5 francs environ le prix du fret; il a ramené la prime d'assurance au même taux pour Rouen que pour le Havre; enfin la chambre de commerce de Rouen, d'après le document officiel auquel nous empruntons ces détails, a évalué à 3 millions et demi l'économie annuelle qui en a été la conséquence.

« Au point de vue agricole, l'exécution des endiguements qui ont resserré le lit du fleuve a donné naissance à la formation d'atterrissements qui se sont rapidement convertis en prairies d'une grande valeur. La surface de ces prairies, d'après le même document, s'élève à 8,500 hectares, dont le prix moyen est de 2,500 francs, ce qui représenterait une valeur totale de 21,500,000 francs.

« A la fin de décembre 1866, c'est-à-dire à l'époque de l'achèvement des travaux, les dépenses faites par l'État avaient atteint la somme de 13,570,000 francs. Dans cette situation et à raison de ces avantages, l'administration supérieure a d'abord pensé qu'il y avait lieu pour elle de provoquer l'application de l'acticle 30 de la loi du 16 septembre 1807, c'est-à-dire de réclamer des propriétés riveraines, par voie d'action, une indemnité de plus-value pour la notable amélioration qu'elle avait procurée à ces propriétés. Cette première opération a suivi son cours devant la juridiction administrative, seule compétente à cet effet; le principe ne paraît pas en avoir été contesté, les difficultés n'ont guère porté que sur l'appréciation des indemnités.

« Mais l'administration est allée plus loin. Se trouvant en présence d'une richesse considérable créée par ses travaux, elle a conçu la tentation assez naturelle de se l'approprier, au moins en partie. Seulement elle rencontrait alors devant elle une jurisprudence qui paraissait avoir reconnu que l'allu-

Digitized by Google

vion accroît à la propriété riveraine, même lorsque sa formation a été aidée par des travaux publics. Elle aurait pu assurément soulever de nouveau le débat par les voies légales, c'est-à-dire devant la juridiction civile; elle aurait même, à cet égard, trouvé un commencement d'appui dans un arrêt de la chambre des requêtes, du 8 décembre 1863 (Dalloz, *Recueil périodique*, 64, 1,114)[1]. Au lieu de suivre cette marche, dont le succès lui a probablement paru incertain, elle a préféré trancher elle-même la question par un biais, en se servant du pouvoir qui lui appartient de fixer les limites du domaine public. Il semble d'abord qu'elle n'avait pas grand intérêt à procéder à cette opération; car, puisque les travaux d'endiguement avaient notablement rétréci l'espace occupé par les eaux, les limites assignées au fleuve auraient dû subir le même rétrécissement. C'est pourtant le phénomène contraire qui s'est produit; divers arrêtés des préfets de la Seine-Inférieure et de l'Eure ont englobé dans les limites qu'ils ont déterminées, non-seulement la totalité des alluvions nouvelles, alors que cependant le fleuve avait cessé de les couvrir, mais même une partie des alluvions anciennes, possédées depuis de longues années à titre de propriété privée. De là le procès auquel nous arrivons.

« Par un de ces arrêtés, en date du 14 décembre 1866, le préfet de la Seine-Inférieure a fixé les limites du lit de la Seine sur le territoire des communes de Tancarville, Lacerlangue et Saint-Vigor, et a ajouté que tous les terrains compris dans les limites ainsi déterminées étaient déclarés dépendances du domaine public.

« L'effet de cet arrêté, en ce qui concerne les sieur et dame Ouizille, aujourd'hui demandeurs en cassation, a été de leur enlever, outre les alluvions nouvelles qui s'étaient formées au droit de leur propriété, des terrains provenant d'alluvions anciennes dont ils jouissaient sans contestation depuis 1827.

« L'administration ne s'est d'ailleurs pas bornée à prendre l'arrêté précité; elle a en même temps annoncé la mise en

[1] On peut consulter aussi dans le même sens un arrêt de la chambre civile du 7 avril 1868 (Dalloz, *Rec. pér.*, 68, 1, 195); mais cet arrêt n'était pas rendu encore lorsque l'affaire actuelle a été engagée.

Digitized by Google

vente, à son profit, des récoltes et notamment des foins produits par ces divers terrains.

« Les sieur et dame Ouizille ont alors intenté contre le préfet une action possessoire ayant pour objet tant de lui faire faire défense de procéder à la vente annoncée que d'être maintenus dans leur possession. Par jugement du 3 juillet 1867, le juge de paix a accueilli cette action; seulement, comme l'administration avait passé outre à la vente, il a condamné le préfet à en restituer le prix.

« Appel par le préfet, soit pour cause d'incompétence, soit parce que, dans tous les cas, les sieur et dame Ouizille n'auraient jamais possédé les alluvions nouvelles, et que, s'ils ont possédé les alluvions anciennes, l'arrêté de délimitation fait désormais obstacle à toute action de leur part, tant qu'il n'aura pas été réformé par le Conseil d'État.

« 11 juin 1868, jugement du tribunal civil du Havre, qui déclare l'action possessoire non recevable quant à présent, même pour les alluvions anciennes, et réserve seulement aux sieur et dame Ouizille leurs droits tant à l'effet d'obtenir la restitution des fruits et récoltes recueillis sur les anciennes alluvions que pour établir leurs droits de propriété sur les alluvions anciennes et nouvelles.

« C'est contre ce jugement que les demandeurs se sont pourvus; ils lui reprochent d'avoir méconnu, sur les deux points du litige, les règles de la compétence judiciaire.

« Ce reproche est évidemment inapplicable au chef du jugement qui concerne les alluvions nouvelles. Le tribunal constate, en effet, que les sieur et dame Ouizille n'en avaient pas la possession annale; il devait dès lors, comme il l'a fait, rejeter leur action possessoire à cet égard, et se borner à leur réserver l'action pétitoire.

« Mais le grief nous paraît fondé quant au chef qui concerne les alluvions anciennes. Ce n'est pas que le juge du possessoire ait en cette matière la plénitude ordinaire de son pouvoir; il ne peut pas maintenir ou réintégrer effectivement le plaignant dans sa possession matérielle, lorsqu'il est en présence d'un arrêté de délimitation; mais il peut apprécier la possession existante au moment où cet arrêté est intervenu et en tirer les conséquences qui ne sont pas de nature à paralyser l'exécution de l'acte administratif, notamment :

Digitized by Google

1° pour assurer le bénéfice du rôle de défendeur au posseseur qui pourra avoir à lutter devant le juge du pétitoire contre les prétentions de l'administration ; 2° pour allouer dès à présent au possesseur la réparation pécuniaire du trouble qui lui a été causé. Telle est du moins la jurisprudence qui a été établie dès 1850 par le tribunal des conflits, et qui est également jusqu'à ce jour, admise par la Cour de cassation[1].

« Dans l'espèce, donc, le tribunal, après avoir écarté la demande en maintenue ou en réintégrande immédiate, même pour les alluvions anciennes, aurait dû, puisqu'il reconnaissait la possession annale de ces dernières alluvions, constater cette possession et ordonner la restitution des fruits et récoltes ou de leur prix : une telle décision, en effet, n'aurait point empêché l'exécution de l'arrêté de délimitation. Il pourrait nous suffire, pour le prouver, de citer un arrêt des chambres réunies de la Cour, du 10 juillet 1854 (Dalloz, *Rec. pér.*, 54, 1, 229), ainsi conçu :

« Attendu que l'action possessoire tendant à faire juger « que celui qui l'intente se trouvait en possession de la « totalité ou de la partie d'un chemin, lorsque celui-ci « fut déclaré vicinal en vertu de l'article 15 de la loi du « 21 mai 1836, est virtuellement ouverte par cet article, « puisqu'elle ne peut avoir pour résultat que de rendre « exigible, au profit du réclamant, le payement de l'indemnité « qu'il lui réserve ; que cette action doit, dès lors, être portée « d'abord devant le juge de paix, et ensuite, par appel, devant « le tribunal de première instance, selon les termes formels « de l'article 6, n° 1, de la loi du 25 mai 1838 ; d'où il résulte « que la juridiction saisie de la demande en maintenue pos- « sessoire est tenue d'y statuer, et ne peut se déclarer in- « compétente d'après l'article 13, titre 2, de la loi des « 16-24 août 1790, que sur tout autre chef de conclusions qui , « s'il y était fait droit, porterait une atteinte quelconque à « l'exécution pleine et entière de l'arrêté préfectoral de clas- « sement ;

« Attendu, en fait, que les demandeurs en cassation avaient

[1] L'existence de cette jurisprudence n'a pas été contestée, en fait, dans les controverses rappelées au début de cet article ; on en a seulement débattu le mérite.

Digitized by Google

« conclu uniquement à ce qu'il plût au tribunal de..... rejeter « le déclinatoire proposé par le préfet, et, annulant le jugement du juge de paix, se déclarer compétent, et, retenant « la cause, dire qu'ils avaient la possession annale de la « partie du chemin n° 7 dont s'agit, au moment où a été « rendu l'arrêté qui classe ce chemin, pour par eux être déduit « de cette possession le droit à l'indemnité et toutes autres « conséquences légales, etc. ;

« Qu'il (le tribunal) s'est néanmoins déclaré incompétent, « sur les motifs..... d'autre part, que juger cette question, « ce serait réformer ou sanctionner ledit arrêté, et par suite, « violer la loi de juridiction et de la distinction des pouvoirs ;

« Mais attendu qu'en prononçant de la sorte, le tribunal... « a faussement appliqué à la cause l'article 13, titre 2, de la « loi des 16-24 août 1790, méconnu l'étendue de sa compétance, et, par suite, violé les dispositions ci-dessus visées, « casse., etc. »

« Il est vrai que là il s'agissait de chemins vicinaux; mais les principes sont les mêmes. Il est vrai aussi que, dans cette affaire, les réclamants avaient pris soin de limiter eux-mêmes leurs dernières conclusions à la question de l'indemnité, tandis qu'ici les sieur et dame Ouizille demandaient à la fois leur réintégration effective et la restitution du prix de leurs récoltes à titre d'indemnité; mais de là il résultait simplement que le tribunal devait distinguer entre les deux chefs, se déclarer incompétent pour l'un et compétent pour l'autre, et qu'il a méconnu l'étendue de ses pouvoirs en se bornant à réserver les droits des demandeurs au pétitoire.

« On peut, nous le savons, critiquer même cette réserve; on peut dire, comme l'a fait la décision ci-dessus citée de la commission provisoire qui remplace en ce moment le Conseil d'État, que, lorsque l'administration a fixé les limites du domaine public, cette délimitation fait obstacle, non pas seulement à ce que les tribunaux civils ordonnent le maintien ou la réintégration du particulier qui prétend que son terrain a été englobé à tort dans le domaine public, mais même à ce qu'il exerce une simple action en indemnité tant que l'acte dont il se plaint n'a pas été réformé par l'administration supérieure ou par le Conseil d'État; on peut dire, en d'autres termes, qu'il n'y a alors, pour ce particulier,

Digitized by Google

d'autre recours que le recours administratif. Nous ne voulons pas discuter la question aussi complétement que si nous avions à vous proposer de la résoudre définitivement dans un sens ou dans l'autre ; nous ne voulons pas, notamment, examiner la valeur de la distinction qui a été quelquefois faite (et que nous n'admettons pas) entre le cas où l'administration détermine les limites *anciennes* et le cas où elle détermine les limites *actuelles ;* nous nous contentons, quant à présent, de dire que le système intermédiaire dont nous venons de rappeler la doctrine a été maintes fois consacré par les deux chambres de la Cour, notamment par les arrêts des 23 juin 1849, 20 mai 1862, 14 mai 1866 (Dalloz, *Rec. pér.*, 50, 1, 313; 63, 1, 230 ; 66, 1, 393) etc., et nous ajoutons que ce système est, à nos yeux, le seul qui concilie les divers intérêts et les divers principes qui se trouvent en présence.

« Remarquez en effet que fixer la limite du domaine public, c'est fixer celle de la propriété privée, c'est trancher une question de propriété, et, par conséquent, une question essentiellement judiciaire. Si telle est la loi, si la loi est ainsi faite que le pouvoir administratif soit, en cette matière, le juge unique et souverain, il faut bien la respecter et s'y soumettre. Mais est-ce la loi? Vous savez combien est fragile, au point de vue des textes, la base sur laquelle repose la mission attribuée à l'administration de fixer les limites du domaine public : car cette base se trouve uniquement dans la disposition de l'article 2, section III, de la loi des 22 décembre 1789 - janvier 1790, qui a chargé les administrations de département de pourvoir, notamment, *à la conservation des propriétés publiques et à celle des forêts, rivières et autres choses communes* [1]. Or, de ce que l'administration est chargée, par exemple, d'assurer la conservation des forêts, on n'a jamais imaginé d'en conclure qu'elle en fixe souverainement les limites; la conséquence tirée de ce texte en ce qui touche les rivières ne semble donc pas à l'abri de toute discussion. Nous ne croyons pas, cependant, qu'elle doive être contestée en elle-même; nous croyons que le pouvoir de l'ad-

[1] Il y a aussi, en ce qui concerne la mer, le décret-loi du 21 février 1852; mais il réserve *les droits des tiers*, et par conséquent il ne change rien à la question.

Digitized by Google

ministration à cet égard se rattache aux nécessités du service public de la navigation et se justifie suffisamment par ces nécessités. Mais, si tel est son fondement légal telle doit être aussi sa mesure; il n'est pas, il ne peut pas être un moyen d'agrandir fictivement le domaine public pour agrandir en réalité le domaine de l'État et pour arriver à mettre en vente, au profit de celui-ci, dès le lendemain de l'opération qui aura déterminé la limite de celui-là, des terrains que cette opération, si elle était exacte et sincère, ferait précisément considérer comme n'étant pas susceptibles d'aliénation et de propriété privée. Ce désordre, pourtant, s'est trop souvent produit depuis quinze ou vingt ans; les exemples n'en ont été que trop nombreux, et il en est quelques-uns qui, parvenus jusqu'au Conseil d'État, ont pu lui donner l'idée de ceux qui ne lui ont pas été déférés. Il nous suffit ici de rappeler, parmi ces précédents, celui qui a donné lieu à un arrêt du Conseil d'État du 27 mai 1863 (Dalloz, *Rec. périod.*, 63, 3, 63; Lebon, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, 1863, p. 470).

« Mais le Conseil d'État est bien loin des justiciables, dans la plupart des cas; rarement, d'ailleurs, les faits sont aussi énormes, aussi faciles à apprécier à distance, que dans l'affaire à laquelle nous venons de faire allusion. De plus, le Conseil d'État statue en général sans enquête, sans expertise, sans visite de lieux, sur de simples rapports d'ingénieurs, dont la partie intéressée peut fort bien ne pas avoir connaissance et ne pas être admise à contrôler les assertions. Enfin et surtout, quoiqu'il lui soit arrivé souvent, depuis vingt ans, de protéger avec fermeté la propriété contre certaines entreprises, il faut bien reconnaître que telle n'est pas sa mission naturelle et que, à tort ou à raison, c'est seulement de l'autorité judiciaire que la propriété attend la sécurité qui lui est due; c'est à l'autorité judiciaire que nos législateurs, depuis 1789, ont conféré cette haute attribution. Certes nous admettons, avec la décision déjà citée de la commission qui remplace provisoirement le Conseil d'État, *que l'administration n'a, en cette matière, d'autre mission que celle de reconnaître et de constater les limites véritables et naturelles des cours d'eau navigables et flottables, et que, si elle dépasse ces limites sans se conformer aux exigences de la loi du* 3 *mai* 1841, *elle commet un excès de pou-*

Digitized by Google

voir susceptible d'être réprimé par la juridiction administrative. Mais il ne suit nullement de là que le tribunal civil, saisi de la plainte du particulier qui prétend avoir été dépouillé de sa chose par la délimitation administrative, *soit lié* par cette délimitation et ne puisse réclamer l'indemnité qu'il prétend lui être due. Il y a un abîme entre ces deux propositions. L'autorité judiciaire est liée par l'acte administratif en ce sens qu'elle ne peut paralyser ou empêcher, au détriment du service ou de l'intérêt public, l'exécution de cet acte. Elle n'est pas liée alors qu'il ne s'agit pour elle que de décider s'il a empiété sur la propriété privée et de tirer de cette décision les conséquences qui n'empêchent ni ne paralysent l'exécution de ce même acte. En principe, l'autorité judiciaire, saisie de questions de propriété, n'est pas liée par les actes de l'administration; en principe, elle conserve, sur de telles questions, sa compétence constitutionnelle et prépondérante, sous la restriction et dans la mesure que nous venons d'indiquer.

« Nous comprenons, dès lors, que, si le propriétaire qui se prétend spolié par la délimitation administrative veut reprendre la possession effective de sa chose, il doive frapper à la porte du Conseil d'État et qu'il ne puisse frapper qu'à cette porte. Mais, s'il lui suffit de recevoir le prix de cette chose, s'il ne croit pas avoir intérêt à contester l'exécution de l'acte administratif, c'est-à-dire l'incorporation de son terrain au domaine public, pourquoi l'obliger à faire un procès administratif qu'il ne lui convient pas d'intenter?

« La même situation se présente en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique : quelquefois il arrive que l'administration, par erreur, excède les limites dans lesquelles elle devrait se renfermer et occupe un terrain dont elle n'a pas le droit de s'emparer. Le propriétaire ainsi troublé ou dépossédé peut assurément se faire maintenir ou réintégrer dans sa propriété, et il peut même, à cet effet, en thèse générale, s'adresser aux tribunaux. Mais il se dit souvent qu'en définitive, s'il reprend sa chose, il ne la reprendra pas pour longtemps, parce que l'administration ne manquera pas de provoquer une expropriation supplémentaire, et alors, pour en finir plus promptement, il accepte le fait irrégulièrement accompli, il se contente de demander le prix de son ter-

Digitized by Google

rain. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans le cas de délimitation du domaine public? Alors aussi le propriétaire peut se dire que, si l'administration a besoin de son terrain pour le service public, même après qu'il se sera fait réintégrer dans ce terrain par le Conseil d'État au contentieux, elle en sera quitte pour l'exproprier régulièrement, et qu'il est plus simple, plus expéditif, plus économique pour lui de passer condamnation sur sa dépossession de fait, en se bornant à réclamer la réparation pécuniaire qui peut lui être due.

« Les raisons pratiques s'unissent donc aux raisons de droit pour maintenir la jurisprudence antérieure de la Cour en cette matière, et il convient d'autant mieux de la maintenir, qu'il est permis de concevoir des craintes sur la vitalité de celle qui a été adoptée dans ces dernières années par le Conseil d'État. En effet, lorsque l'administration, procédant à la délimitation du domaine public, y englobe des propriétés privées, elle se trompe assurément en fait sur la détermination du point où commence ce domaine; elle n'excède pas sa compétence et ses pouvoirs dans le sens habituel et légal de ces mots. Aussi le Conseil d'État a-t-il longtemps décidé que les actes administratifs entachés d'erreurs de cette nature n'étaient pas susceptibles de lui être déférés par la voie contentieuse (4 juillet 1845, *Balias de Soubran*; 31 mars 1847, *id.*; 20 avril 1854, *ville de Nogent-sur-Seine*, etc.). Que plus tard, en présence des abus auxquels a donné lieu l'exercice de ce pouvoir sans contrôle, il ait ouvert aux droits lésés un recours devant lui et qu'il ait été entraîné à considérer ces abus comme constituant des excès de pouvoirs, nous n'avons ni la prétention ni le courage de l'en blâmer. Mais enfin il faut bien reconnaître que sa première jurisprudence était plus conforme aux principes rigoureux du droit, et rien ne garantit qu'à un moment donné il n'y reviendra pas : rien ne le garantit, surtout en présence des modifications plus ou moins profondes que les événements peuvent amener dans l'organisation, dans la composition et, par suite, dans l'esprit de ce corps.

« La Cour de cassation doit donc, ce nous semble, aujourd'hui plus que jamais, conserver la compétence judicieusement limitée qu'elle a, jusqu'à ce jour, reconnue à l'autorité judiciaire dans ces questions. La chambre civile, d'ailleurs,

Digitized by Google

pourrait seule prendre l'initiative d'un changement de jurisprudence à cet égard; nous espérons qu'elle ne le fera pas; mais la chambre des requêtes ne saurait, en ce qui la concerne, hésiter à admettre le pourvoi. »

Cette admission a été, en effet, prononcée par un arrêt du 15 janvier dernier. Attendons maintenant la décision de la chambre civile. E. REVERCHON.

UN DERNIER MOT

SUR LA SUCCESSION EN LIGNE DIRECTE ET LE DROIT DE TESTER [1].

Par M. ANGELOT, président de chambre à la Cour d'appel de Riom.

Tout en renonçant, dans les conditions nouvelles de la *Revue critique* qui nous fut tant de fois hospitalière, aux développements ultérieurs d'un travail conçu en des jours plus calmes, nous croyons cependant opportun de le clore dans un court appendice, dont le sujet nous est donné par la dernière publication de M. Le Play. Le savant et infatigable penseur a, en effet, depuis nos premiers articles, résumé ses études et ses convictions sur le grave sujet qui nous a occupé nous-même, dans un petit volume destiné à les vulgariser et intitulé : *l'Organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps* [2]. Ce livre, reconnaissons-le tout d'abord, attache puissamment par la condensation sous un mince format de tant de faits et d'idées.

Après avoir poursuivi la racine de la famille-souche à travers vingt-cinq siècles, dans les *libres coutumes de transmission* des petits domaines du Lavedan, de la Normandie et des autres contrées *à montagnes abruptes ou à pâturages enclos*, l'éminent auteur en décrit le développement historique dans les tenures féodales et le franc-alleu de nos pays de montagne du Centre, du Sud et du Sud-Est, puis s'attache parti-

[1] V. les livraisons de septembre 1869 et novembre 1870.
[2] Paris, 1871, chez Téqui, rue Mezières, 6.

Digitized by Google

culièrement à scruter, dans une analyse microscopique, la coutume du Lavedan (sur le versant français des Pyrénées), en la prenant sur le vif au sein de la famille Melouga, établie dans la commune de Cauterets. Or, quel est le pivot de cette tradition domestique recommandée par M. Le Play, à notre imitation, comme *le vrai modèle* à suivre? C'est l'institution, en qualité d'héritier, de l'aîné des enfants, fils ou fille, mais préférablement de la fille aînée, afin « de prolonger, pendant « vingt-cinq ans au moins, la fécondité de chaque généra- « tion, et d'écarter le conflit des belles-mères et des brus. » Quant aux enfants privés, les épargnes réalisées sur le *produit net* des travaux communs servent à doter ceux qui s'établissent au dehors. Les autres demeurent au foyer (une moitié environ de chaque génération) et gardent le célibat, n'ayant ainsi d'autre intérêt que celui de la communauté pour laquelle ils travaillent, et se réservant seulement quelques minces profits personnels. Ajoutons, pour reproduire fidèlement la pensée de l'auteur, que le droit *absolu* d'aînesse est répudié par lui, puisqu'il préconise la liberté pour le père de famille, de choisir par testament le plus apte de ses enfants comme héritier. Mais, toutefois, il présuppose que, le plus souvent, l'institution sera faite en faveur de l'aîné, quel que soit son sexe [1], et raisonne d'autant plus volontiers à ce point de vue qu'il en est toujours ainsi dans le Lavedan, et spécialement dans la famille soumise par lui à ce qu'il appelle sa *photographie sociale* [2]. Rien, du reste, de plus éloigné de son esprit et de ses sentiments élevés que l'ombre même d'un privilége inique dans la famille, qui est son idéal. « La fonction de chef consiste surtout, dit-il, à se sacrifier « pour la prospérité commune... En instituant à chaque « génération un héritier, la famille-souche agricole ne sacri « fie pas l'intérêt des cadets à celui de l'aîné. Loin de là, elle « condamne ce dernier à renoncer toute sa vie, en faveur de « ses frères, puis de ses propres enfants, au produit net de « son travail. Elle obtient le sacrifice de l'intérêt matériel « par une compensation tirée de l'ordre moral, par la consi- « dération attachée au foyer paternel. » M. Le Play nous

[1] Pages 39 et 113.
[2] Pages 99, 112 et 188.

Digitized by Google

montre, en effet, l'enfant institué remplissant l'office d'une Providence domestique, « entretenant les vieux parents, « donnant des secours aux proches qui ne réussissent pas « dans leurs entreprises, et cela, dit l'auteur dans l'un des « appendices de l'ouvrage, *en vertu de la sorte d'hypothèque « morale que les mœurs leur donnent sur le bien de la famille en « cas de malheur.* » (P. 289.) Ce retour *aux mœurs et aux institutions du passé* ferait, nous promet-on, disparaître la molle éducation d'aujourd'hui, le mépris des vieux parents, la rivalité des héritiers divisés par d'âpres convoitises, la multiplicité des *propriétaires indigents*, qui engendre le *paupérisme rural*, et enfin la *stérilité des mariages*. M. Le Play déduit, en effet, de ses observations en divers pays, le type suivant de la famille-souche : « Les mères, pendant une période de vingt- « cinq ans, mettant quelquefois au monde jusqu'à vingt « enfants, mais, dans les conditions moyennes de fécondité « et de mortalité, le nombre des survivants n'excédant guère « dix lors de l'*avénement* et du mariage d'un nouvel héritier. « — D'autre part, une moyenne d'un mariage tous les quatre « ans dans la famille, ou d'un jeune ménage établi annuelle- « ment par chaque groupe de huit maisons. » La famille deviendrait ainsi, nous assure-t-on avec une énergique expression, *un réservoir de force et de vertu.*

Devant ce séduisant tableau se dresse aussitôt une question décisive, celle de la possibilité d'une telle réforme, nous allions dire d'un tel miracle, et de l'opportunité d'un essai, dans les provinces de beaucoup les plus nombreuses de France, où règne ce que l'auteur appelle le régime *de la famille instable* et des villages *à banlieue morcelée*. C'est la négative que nous avons soutenue dans nos précédents articles, avec une conviction mêlée de tristesse assurément, mais fondée sur l'impossibilité radicale d'enter le passé sur le présent, de ressusciter des *coutumes* séparées de nous par tant de siècles et, plus encore, par d'invincibles tendances que tout révèle autour de nous et qui se sont solennellement manifestées dans la grande enquête de 1866. Nous n'entendons pas revenir sur cet ordre d'idées. Rappelons seulement que, pour nous, la réforme à poursuivre n'est pas dans la restauration chimérique de vieilles mœurs à jamais éteintes avec leur milieu de simplicité primitive, mais dans

Digitized by Google

l'épuration des mœurs actuelles par le spiritualisme chrétien, redevenu l'âme de la vie domestique. Quand la loi d'amour scellée sur le calvaire régnera dans les consciences, l'individualisme et l'égoïsme cesseront de produire les fruits empoisonnés que l'on impute à la loi civile. Cherchons là le remède, au lieu de le demander à l'évocation de ce qui n'est plus ou de ce qui ne sera bientôt plus nulle part. M. Le Play n'a pu se défendre, en effet, lui-même (et nous tenons à le révéler) de mêler des aveux découragés à sa thèse. Si, d'une part, il nous convie, en certains passages, avec le ton d'un espoir sérieux, à remonter jusqu'au XIIe siècle pour en reprendre les pratiques, d'autre part, il semble désespérer quand il dit, par exemple :

« On ne peut se dissimuler cependant que cette organisa-
« tion sociale (du Lavedan), fondée sur la tradition locale,
« sur un intérêt collectif et une sorte d'isolement intellec-
« tuel résultant de l'emploi d'un langage spécial et du manque
« de communications rapides, ne *peut guère compter sur l'ave-*
« *nir* : elle résistera difficilement aux prescriptions formelles
« de la loi et *aux opinions dominantes* que l'extension de l'en-
« seignement scolaire et le perfectionnement des voies de
« communication doivent *inévitablement* propager. Ces ten-
« dances nouvelles, sans être prépondérantes, *sont déjà ap-*
« *préciables* dans cette partie de la chaîne des Pyrénées[1]. »

Ajoutons que l'auteur reconnaît aussi des symptômes de dégénération de ce régime en Angleterre[2] et aux États-Unis[3]. Si donc la tradition séculaire, qui est le ressort vital de la famille-souche, se laisse de plus en plus entamer par la contagion des idées modernes, même au sein des régions montagneuses qui en sont le dernier boulevard, comment en espérer la transplantation dans les pays couverts de *familles instables* où l'auteur en est réduit à constater que la *notion* même du principe célébré par lui *s'est perdue*, et « qu'on ne « *se fait aucune idée* des devoirs imposés à l'aîné des enfants « dans une famille féconde de paysans[4]? » La tradition germe

[1] Page 181. Rapprocher, p. 192.
[2] Page 91.
[3] *Réforme sociale*, I, p. 284 et 391.
[4] Page 38.

Digitized by Google

et croît spontanément sur le sol vierge des sociétés naissantes; elle s'épanouit et se conserve au souffle de l'amour fidèlement transmis des générations; mais, si vous la transplantez sur un terrain appauvri, dans l'épaisse atmosphère d'une civilisation compliquée, elle languit aussitôt et meurt. Pour parler sans figure, la tradition c'est *l'ancienneté* continuée dans le présent. Comment donc deviendrait-elle une *nouveauté* dans les contrées qui l'ignorent? Les mots comme les idées s'entre choquent ici; M. Le Play sent d'ailleurs tellement la difficulté de sa thèse qu'il propose seulement, tout d'abord, dans *l'état actuel des préjugés*, la restauration de la liberté testamentaire au *profit exclusif de la très-petite propriété*, « liberté qui produirait immédiatement ses fruits dans la France méridionale[1]. » Mais peut-on admettre raisonnablement, dans un même État, qu'un groupe de citoyens soit investi d'une puissance de disposer qui serait interdite aux autres? Toutefois cette anomalie n'est pas faite, avouons-le, pour arrêter, quand on aspire précisément à mettre à la place de l'uniformité législative, invoquée cependant par tant de grands esprits dans l'ancienne France, la bigarrure successorale, qu'enfanterait l'omnipotence testamentaire. Ce n'est pas moins, en effet, que la codification qui est frappée d'anathème par M. Le Play, et avec elle ses ouvriers, les *légistes* qui travaillèrent si bien pourtant à dégager du chaos féodal la royauté française en lisières, et l'unité nationale : on les maudit comme ayant, « depuis 1793, exercé avec un redou-
« blement d'énergie la fatale influence qui, dans l'ancienne
« France, avait peu à peu remplacé *les libertés de la coutume*
« *par les contraintes de la loi.* » (Préface). Toute intervention dans la *vie privée* doit, au gré de ce programme, être interdite au législateur. La *loi suprême* de la famille, c'est la volonté de son chef, comme au premier âge de Rome : *Dicat testator et erit lex*. En France, comme partout, « le père mourant
« usera de cette liberté dans l'intérêt de ses enfants. Il con-
« fiera ordinairement à *un ami éprouvé* le soin de trancher
« dans leur intérêt, *souverainement* et sans frais, les questions
« que pourrait faire naître la succession. » C'est décréter,

[1] Page 268. — Dans la *Réforme sociale*, il exclut aussi de l'application de ses idées les familles *instables et oisives*, I, p. 292.

Digitized by Google

non pas seulement la toute-puissance, mais encore l'infaillibilité paternelle. C'est aussi nous ramener à ces jours de candeur sociale où toute justice résidait sur les lèvres du vieillard et du sage. On va même jusqu'à regretter qu'au cas où le père de famille d'enfants mineurs a été surpris par la mort, il y ait nécessité de recourir à la loi pour régler la succession. M. Jannet, auteur d'un des trois appendices, rappelle que « dans d'autres temps, la coutume pourvoyait à ces situa- « tions particulières avec la souplesse et l'équité propres à « cet état du droit, et que le soin de régler la succession des « mineurs avait été généralement dévolu aux officiers muni- « cipaux. Mais depuis plusieurs siècles, ces mœurs ont dis- « paru en France, et notre civilisation moderne ne *comporte* « *plus* que des Codes aux dispositions précises, impératives « et inflexibles[1]. » On le voit, M. Jannet n'élève pas ses espérances jusqu'à la consécration légale d'un droit illimité pour le père de famille de régler sa succession. Avec ce sens pratique si sûr que donne au magistrat et à l'avocat (quel que soit pour eux le dédain des économistes) le maniement des réalités sociales, M. Jannet, qui est avocat, n'aspire « qu'aux moyens de réforme les plus urgents et les mieux « appropriés à l'état général de la société. » Déjà, fait-il remarquer, *d'éminents magistrats sont entrés dans cette voie*, ce qui atteste assez haut que les *légistes* ne s'immobilisent pas dans le fétichisme du Code. Il est surtout une réforme réclamée par eux avec instance : celle des dispositions sur les partages d'ascendants qui paralysent la liberté du père de famille dans la répartition de ses biens meubles et immeubles entre ses enfants, et soumettent les actes de ce genre, dont le respect importe tant, à une instabilité funeste. Quelques magistrats se sont même montrés favorables à l'extension de la quotité disponible jusqu'à la moitié du patrimoine, quel que soit le nombre des enfants, extension qui, d'après MM. Le Play et Jeannet, pourrait suffire, à la rigueur, au maintien des familles-souches. Sans adhérer à cette proposition comme à la première, nous comprenons sans difficulté la mise en question du mérite des fixations actuelles qui ont déjà subi plus

[1] Page 292.

Digitized by Google

d'une critique de la part du professorat juridique[1]; nous appelons d'ailleurs de nos vœux, avec l'opinion générale, la simplification des procédures de partage des successions déférées à des mineurs, quand leurs représentants légaux y consentent, et l'attribution à la veuve d'un douaire en usufruit qui assurerait la dignité de sa vie tout en fortifiant son autorité. Il convient aussi de tempérer la rigidité des articles 826 et 832 du Code civil, comme le propose un récent projet de loi. Mais toutes ces modifications législatives sont dominées par le principe sacré qui assure inviolablement à chaque enfant une part plus ou moins grande des biens de famille, principe qui, moins que jamais, aurait dû être contesté aujourd'hui, et que nous nous sommes précédemment efforcé de remettre en lumière. En le faisant, nous n'avons pas entendu seulement traiter une question de philosophie du droit ou d'ordre économique, mais bien une question *sociale* au plus haut degré. Quelle est, en effet, la plus ferme base de la propriété individuelle? N'est-ce pas l'hérédité et surtout l'hérédité directe? Tous les publiscites l'ont reconnu, notamment M. Troplong qui voit, avec toute raison, dans la succession « une suite naturelle et nécessaire de la fixité du droit « de propriété[2]. » Comment dès lors ne comprend-on pas l'extrême danger de nier ou de mettre en question le droit indéfectible de *tous* les enfants d'un même père, en un temps où tant de novateurs acharnés battent en brèche le principe sacré de la propriété? Quelle arme terrible ne forge-t-on pas pour eux en substituant ainsi la volonté infirme, versatile et quelquefois égarée du chef de la famille, au dictamen souverain de la loi naturelle et divine qui commande à tous partout et toujours? C'est préparer la voie aux prédicants socialistes qui ont déjà dit maintes fois dans leurs congrès et qui diront encore bien mieux : « Volonté pour volonté, sou- « veraineté pour souveraineté, celle de la nation n'est-elle pas « autrement imposante? C'est elle qui doit disposer du bien « laissé par le propriétaire à sa mort. » On arrive ainsi, par une

[1] V. *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1866, article de M. Bressoles. V. aussi M. Boissonade (*Revue critique*, août 1867), Rapprocher M. Huc sur le nouveau Code italien (Acad. de Toulouse, 1865).

[2] *De la propriété d'après le Code civil*, p. 29.

Digitized by Google

pente facile, à revendiquer la mise en pratique de la funeste maxime de Montesquieu et du creux sophisme de Robespierre, c'est-à-dire à déclarer l'État propriétaire de tout[1]. Ce péril de la doctrine du libre testament avait été très-judicieusement pressenti par M. Marie, dès 1865, quand fut discutée au Corps législatif la proposition de M. de Veauce[2], et les événements postérieurs ne se sont que trop chargés de prouver sa clairvoyance. Gardons-nous donc bien d'ébranler par d'imprudentes atteintes l'inviolabilité des réserves héréditaires, cette forte racine de la propriété sur le sol mouvant de la démocratie française.

Nous ne pouvons et ne devons le dissimuler cependant : à côté du sentiment, général en France, qui a inspiré notre conclusion, subsiste une grave préoccupation qui a précisément fourni aux testateurs du libre testament leur plus puissant argument. On n'y échapperait pas en l'étudiant; il faut donc, de toute nécessité l'aborder pour se rassurer soi-même.

Un fait trop incontestable, c'est l'amoindrissement progressif de la fécondité des familles françaises, et par suite, du mouvement ascensionnel de la population. Tandis que la moyenne du nombre des enfants par maison, est descendue, de 1847 à 1860, de près de quatre à trois, pour tomber aujourd'hui à moins de deux[3], l'accroissement de la population s'est réduit, de 1816 à 1866 au-dessous de cent mille âmes par année, après avoir été du double environ avant cette période[4]. Quelle est la cause, ou complexe ou unique, de ce phénomène si affligeant dans le présent et, plus encore, en vue de l'avenir de la France? Pour la plupart de nos économistes et pour certaimes sociétés agricoles, cette cause réside indubitablement dans le *partage forcé*, c'est-à-dire dans la division des patrimoines imposés par notre loi civile. M. Le Play notamment, soit dans sa *Réforme sociale*, soit dans le dernier ouvrage que nous venons d'examiner, n'hésite pas

[1] *Histoire parlementaire*, IX, p. 300.

[2] *Moniteur* du 6 avril 1865.

[3] Assertion du général Trochu à l'Assemblée nationale dans la séance du 30 mai 1871.

[4] Travail de M. Guillemin dans le *Cosmos*. V. aussi *Revue des Deux-Mondes*, 15 novembre 1868, pour un article de M. Lavergne.

Digitized by Google

un instant à accuser ou plutôt à condamner notre régime successoral comme ayant « remplacé les petits domaines « agglomérés à familles fécondes, par ces petits domaines « morcelés où la fécondité conduit fatalement au paupé- « risme, et où le *bien-être* des individus se fonde sur la *stéri- « lité du mariage et sur l'égoïsme* » [1]. Il répète incessament cette affirmation comme une vérité certaine autant que funeste. Combien, il s'en faut, du moins, que ce soit là une vérité traditionnelle et fondée sur l'expérience, si nous en croyons des appréciateurs autorisés de camps politiques bien différents! Rien de plus étrange, en effet, que la révolution des idées sur cette question dans le cours de ce siècle.— Lors de la discussion du projet de Code au Conseil d'État, M. Réal signalait « les pays de *petite culture* comme ceux où « l'on trouve une *population nombreuse* avec l'aisance et la « prospérité » et il ajoutait cette remarquable réponse à ceux de ses collègues qui inclinaient vers une attribution exclusive du bien paternel à l'un des enfants pour obvier à son émiettement : « Cette théorie, loin de conserver la famille, *la dé- « truirait* en chassant de l'héritage paternel la plus grande « partie de ses membres, et en établissant entre les enfants « d'un même père des motifs bien fondés de jalousie et de « haine [2], » motifs qui s'appliquent directement aux conséquences de la liberté testamentaire. A quinze années d'intervalle alors que la Chambre des pairs de la Restauration discutait le projet de la loi abolitive du droit d'aubaine, le duc de Lévis arrêtant son regard sur l'état de l'agriculture en France déplorait comme d'autant plus regrettable l'ambition du paysan qui n'a que de faibles épargnes, de *monter dans la classe des propriétaires*, qu'elle se *combine avec l'accroissement intempestif de sa famille*, et il prenait pour terme de comparaison la Chine où il montrait la terre « cultivée à main « d'homme par une population *prodigieuse* qui demande à la « terre et même aux eaux tout ce qu'elles peuvent produire [3]. » Nous sommes malheureusement loin d'avoir à nous plaindre de cette population prodigieuse, nous qui gémissons sur la

[1] *Réforme sociale*, II, p. 79.
[2] Locré, t. XI, p. 157.
[3] *Ibid.*, t. X, p. 558.

Digitized by Google

désertion des campagnes où certes ce n'est pas le travail qui manquerait à ces bras infidèles. Tout autres seraient aujourd'hui les doléances et les appréciations du duc de Lévis. Est-ce donc notre Code qui a pu déterminer ce fatal abandon de la vie des champs? Mais pourquoi ceux qui n'ont point de terre ou en ont trop peu, ne s'emploieraient-ils pas comme journaliers ou serviteurs agricoles? Beaucoup le font déjà : bien plus pourraient le faire si n'étaient les attractions des grands centres. — De nos jours, en 1853, M. Hippolyte Passy[1] constatait aussi que « dans l'état présent des con« naissances et de la pratique rurale, c'est la *petite culture* « qui réalise à surface et conditions égales, le produit net « le plus considérable, et qui, *en peuplant davantage* les « campagnes, ajoute le plus à la force que les États doivent « à la densité de la population. »

Pareil résultat s'était produit au commencement du siècle, dans certaines contrées de l'Allemagne où, sous l'influence soit du Code français, soit des économistes prussiens, l'indivisibilité des biens ruraux fut supprimée. M. Chauffour[2], qui a spécialement étudié les lois étrangères, nous apprend que « l'inexpérience de la liberté (de divi« ser les héritages) fit qu'on divisa sans intelligence, et « que la population *s'accrut trop rapidement.* » Ici donc encore nous voyons la coexistence d'une race féconde et du morcellement même excessif de la terre : excès à raison duquel diverses lois allemandes ont déterminé un minimum de possessions foncières. Il est clair, en effet, que la division doit s'arrêter à un degré variable suivant les pays, sous peine d'aboutir à l'atome immobilier, c'est-à-dire au néant agricole. Mais il y a plus d'un moyen d'y parvenir, soit par une composition des lots non gênée comme à présent, soit par des cessions de droits successifs etc. Quoi qu'il en soit à ce sujet, appliquons-nous à pénétrer les véritables causes de l'appauvrissement des familles françaises, autrefois si riches d'enfants sans cesser d'être prospères.

Il est un premier point de vue qu'il nous semble très-important de considérer : C'est la généralité même du mal so-

[1] Mémoire à l'Académie des sciences morales, du 4 janvier 1854.
[2] *Revue critique*, février 1855.

Digitized by Google

cial qui préoccupe, à si juste titre les moralistes et les publicistes. Est-ce, en effet, seulement aux derniers échelons de la propriété foncière que se rencontre la rareté des enfants? Il suffit de regarder autour de soi, à tous les étages sociaux, pour être assuré du contraire. M. Batbie a fait remarquer avec raison que, même *dans les pays de métayage* (au midi par exemple) où, comme on le dit vulgairement, les *enfants sont une richesse*, la population ne s'accroît pas et même, en certaines contrées, *baisse à chaque recensement*[1]. Les plus riches familles ne présentent pas un autre aspect, si ce n'est celles où les croyances religieuses ont gardé leur empire. Des causes multiples, les unes générales, les autres spéciales, concourent à produire le phénomène identique aux deux extrémités de l'échelle sociale. Tout d'abord, il faut bien le reconnaître avec regret, l'*égoïsme* (dénoncé plus haut par M. Le Play qui n'en a pas sondé la vraie source), l'égoïsme habite aujourd'hui en haut comme en bas, et amène à sa suite la pratique calculée de l'idée malthusienne. La paternité et la maternité ne sont plus par-dessus tout, comme autrefois, une bénédiction avant d'être une *charge*. Les plus opulents ne tiennent nullement, pour la plupart, à voir réalisée autour de leur table cette ravissante image de l'Écriture : *Filii tui sicut novellæ olivarum in circuitu mensæ tuæ.* Passionnément amoureux des jouissances du luxe, et, par cela même, ennemis de tout ce qui les gênerait, ils supputent avec effroi les retranchements que leur imposerait l'éducation et l'établissement d'un grand nombre d'enfants. Comme on l'a très-bien dit, « la postérité est le seul luxe dont ils as- « pirent à se priver. » Dans cet intérieur sybaritique où se déploient les plus coûteux raffinements, il n'y a place que pour un ou deux héritiers au plus. Les affections du foyer n'obtiennent ainsi qu'une allocation restreinte dans un budget quelquefois princier. La préoccupation d'un fractionnement de la fortune après soi, pèse bien peu dans la balance de ce calcul antisocial, et ne se produit alors, le plus souvent, que sous la forme d'une vanité posthume qui veut léguer à l'avenir le *même état de maison*. Elle naît aussi quelquefois sous l'impulsion d'un amour désordonné pour le

[1] *Revue critique*, juin 1867.

Digitized by Google

premier né qui doit être le dernier. Et, en effet, quelles délicatesses somptueuses ne faudra-t-il pas, si Dieu le laisse vivre, *à cet enfant unique* qui, dès son premier âge, aura été adoré et paré comme une idole? Voilà le fétiche auquel on sacrifie tout : délices du cœur dans un foyer vivant, discipline domestique, consolation des vieux jours, puissance de la nation dans la guerre et dans la paix, sans parler du point de vue surhumain... Qu'on ne nous taxe pas de pessimisme morose; car nous ne venons dans cette voie de rude franchise et de censure qu'après bien d'autres écrivains, notamment après l'auteur anonyme du livre intitulé : *Notre ennemi, c'est notre luxe*, titre qui a reçu de nos malheurs une justification si terrible. Descendons-nous aux couches inférieures de la société? nous y retrouverons le même égoïsme stérilisant. Le cultivateur et l'ouvrier, le second surtout, sont de plus en plus avides de bien-être ou même de *confortable*. Trop de progéniture serait un pénible fardeau. L'avantage futur d'un travail agrandi s'efface devant la perspective de longues années d'entretien sans compensation. C'est assez de se préparer un ou deux auxiliaires. Il ne s'agit pas pour ces parents calculateurs d'éviter le partage d'un bien que, le plus fréquemment d'ailleurs, il n'ont pas, ou qui, même aux mains d'un seul possesseur, est souvent presque nul. Il s'agit, avant tout, d'échapper à une trop large diffusion des gains journaliers. Ce n'est pas à dire cependant que le paysan-propriétaire n'ait pas aussi quelquefois pour objectif l'intégrité future de son petit patrimoine. Mais ce n'est là qu'un mobile secondaire de ses tendances et quand donc, d'ailleurs, la liberté testamentaire a-t-elle régné sans frein en France, surtout dans la roture? Jamais, assurément : nous croyons l'avoir rendu sensible dans le cours de ce travail. — Puis, ne dirait-on pas, en vérité, que la division répétée des héritages et les petites propriétés soient chose nouvelle dans notre pays? Rien cependant de plus avéré que le contraire. Tout le monde connaît le témoignage du célèbre Arthur Young à ce sujet dans son *Voyage en France*, un peu avant la révolution. M. Le Play en a lui-même cité plusieurs passages significatifs dans *la Famille modèle*. Les documents abondent dans le même sens; nous pourrions, par exemple, invoquer des cartulaires monastiques de l'an-

Digitized by Google

cienne Auvergne. Aussi M. de Tocqueville pose-t-il comme fait incontestable que « l'effet de la révolution n'a *pas été de* « *diviser le sol*, mais de le libérer pour un moment [1]. » — Objectera-t-on que, du moins, un seul des enfants gardait, par suite des combinaisons de famille, la totalité des immeubles? Mais pour se convaincre qu'il n'en était pas toujours ainsi, à beaucoup près, il suffit d'entendre Turgot dire, vingt ans avant la révolution, ce qui suit : « La division des « héritages est telle que celui qui suffirait pour une seule fa- « mille, se partage *entre cinq ou six enfants*, » et de lire cette phrase d'un rapport secret d'intendant : « Les successions se « subdivisent d'une manière égale et inquiétante, et, chacun « voulant avoir de *tout et partout*, les pièces de terre se « trouvent *divisées à l'infini*, et se *subdivisent sans cesse*. » Après avoir transcrit ces passages, M. de Tocqueville fait cette réflexion qui naîtra dans l'esprit de chacun : « Ne « croirait-on pas que ceci est écrit de nos jours? » Oui, tel était bien avant le Code, comme aujourd'hui, cet ardent désir du paysan *d'épouser la terre*, cette passion égalitaire excessive à laquelle on rapporte tous nos maux. Et pourtant quelle fécondité des races, quelles familles aux rejetons pressés en un temps où tant de charges de toute nature pesaient sur les classes rurales! La vie jaillissait alors à flots dans tous les rangs, là où elle n'a aujourd'hui qu'un si faible cours, quand elle ne tarit pas tout à fait. Ce n'est donc pas la préoccupation chez le père de famille du partage ultérieur qui peut, à elle seule, rendre raison de ce menaçant symptôme d'anémie sociale. Il a des causes malheureusement plus profondes et plus délétères, les unes purement morales que nous venons d'indiquer et qui ne sont que trop saillantes, les autres *physiques*. Il n'est pas contestable, en effet, que la race française se soit sensiblement affaiblie depuis la fin du siècle dernier. Les grandes guerres de 1792 à 1815 et celles du second Empire qui ont prélevé la dime sanglante de la plus vigoureuse jeunesse, en ne laissant guère à la famille que les plus chétifs sujets, la propagation, dans les masses industrielles surtout, de vices de toute nature, notamment de l'al-

[1] *Ancien régime*, p. 62. — Rapprocher de M. Plogey : *du Morcellement du sol*, p. 13 et suiv.

Digitized by Google

coolisme qui fait tant de ravages [1], la précocité des désordres de la jeunesse, la mollesse énervante de l'éducation des deux sexes dans la classe bourgeoise, ce sont là autant de facteurs du résultat que nous déplorons, et les derniers dérivent aussi d'une altération morale.

En dernière analyse, nous estimons que le mal qui nous consume n'est pas dans la loi, bien qu'il y ait à l'amender sur quelques points du régime successoral, mais bien dans les âmes. Il y a trop longtemps que l'on exagère en France la vertu bonne ou mauvaise des prescriptions législatives. Les réformes morales ne se décrètent pas : elles se font dans le mystère intime de la conscience, sous l'action des événements, ces maîtres inflexibles. D'une autre part on ne resuscite pas les institutions et surtout les mœurs d'un lointain passé. Une organisation qui se dissout par degrés dans les contrées où elle paraît vivre encore, ne peut être l'arche qui sauvera la famille française. Elle a été prospère, féconde et unie sous l'empire de notre Code : elle peut le redevenir en se retrempant aux sources vivifiantes, c'est-à-dire dans le sentiment du devoir chrétiennement compris et pratiqué. La liberté illimitée du testament achèverait d'en rompre tous les liens en même temps qu'elle porterait un nouveau et funeste coup au principe sacré de la propriété. A. ANGELOT.

[1] V. la *France déchue* de M. Derôme. L'*Académie de médecine* s'est justement émue de ce fléau toujours croissant, et a donné sa pleine adhésion aux mesures fiscales comme aux moyens répressifs destinés à le combattre.

Digitized by Google

DE LA RÉFORME DES CONSEILS DE PRÉFECTURE.

Par M. Louis Milcent.

Le courant général est aux réformes. A la lumière des derniers événements, les conséquences révolutionnaires d'une centralisation exagérée ont frappé les yeux les moins clairvoyants. Un mouvement très-caractérisé s'est aussitôt manifesté dans l'opinion publique. Rendre au département une liberté d'action plus considérable sans nuire à l'unité de la nation, développer les institutions communales sans y introduire le trouble ou le désordre, en un mot restituer à la vie provinciale et locale l'initiative que deux siècles de centralisation avaient détruite, semble aux législateurs une nécessité de premier ordre. C'est dans cet esprit que l'Assemblée nationale a commencé son œuvre de réorganisation en votant la loi du 10 août 1871 sur les conseils généraux, et qu'elle se prépare à faire bientôt celle sur les conseils municipaux.

Étendant encore plus loin son ardeur réformatrice, la commission de décentralisation, créée pour élaborer tous ces projets, doit proposer de modifier, quelques-uns disent de supprimer, les conseils de préfecture. Pendant la dernière session des conseils généraux, un questionnaire rédigé avec soin fut envoyé officieusement à toutes les assemblées départementales pour réunir et centraliser leurs observations sur le fonctionnement de cette juridiction tant de fois attaquée. Avant de se prononcer, la commission tenait à obtenir, par une enquête générale, les renseignements les plus exacts, les plus divers et aussi les plus nombreux. De là est née la pensée de cette étude.

Son but n'est pas de proposer une solution, mais de montrer nettement l'état de la question, de signaler l'utilité d'une réforme sans en dissimuler les obstacles, de grouper dans un cadre précis les arguments divers, en un mot de mettre en relief les opinions qui peuvent être émises, de les discuter et de les peser en laissant à la sagesse du législateur le soin de décider.

Digitized by Google

Le plus grand défaut de l'institution des conseils de préfecture, juridiction mal connue généralement et dont on a exagéré les vices comme les avantages, est d'être impopulaire. Cette impression provient de ce que dans certaines contestations, particulièrement dans celles qui résultent des contrats en matière de travaux publics, les conseils sont regardés comme étant à la fois *juge et partie*. Si peu intéressants que soient souvent les entrepreneurs de ces travaux, l'opinion publique répugne à admettre que l'administration puisse équitablement apprécier une convention qu'elle a elle-même signée. Vainement on s'efforcera de démontrer qu'il y a nécessité d'assurer le fonctionnement des services publics, que les intérêts de la chose publique ne sont jamais aussi bien défendus que ceux des particuliers, enfin que les actes sur lesquels les juges administratifs sont appelés à décider n'émanent pas d'eux personnellement, qu'ils y sont même absolument étrangers.

Un autre inconvénient plus grave parce qu'il frappe plus haut, un danger même parce qu'il en découle des conséquences politiques, c'est de faire assumer au gouvernement la responsabilité de toutes les décisions dont chaque particulier se dit être injustement lésé. Grâce à cette organisation centralisée, l'autorité est accusée de tous les abus, on lui impute tous les défauts de ses agents, et ainsi s'accumulent contre le pouvoir des rancunes, des récriminations, quelquefois des haines passionnées. C'est là un vice très-grave de la juridiction des conseils de préfecture, dans un temps où l'autorité est perpétuellement battue en brèche.

Il en est un encore qu'il faut nécessairement signaler; inutile de s'y appesantir quoiqu'il soit peut-être le plus sérieux; mais tous ceux qui ont vu de près le fonctionnement des conseils de préfecture ont été à même de le constater : je veux parler de l'insuffisance des connaissances pratiques d'un certain nombre de conseillers, nommés sans aucunes conditions; jeunes, comme débutant dans la carrière; plus âgés, à titre de paisible et douce retraite. Sans insister sur ce point, il suffira, pour en prouver l'exactitude, de citer le nombre des décisions rendues chaque année par ces conseils et que la juridiction suprême du Conseil d'État est obligée d'annuler.

Digitized by Google

Cependant une pareille réforme est-elle possible?

Il ne faut pas se dissimuler que les difficultés sont nombreuses, les questions soulevées graves et complexes; il est même certain qu'appliquée de la façon radicale dont quelques-uns l'entendent, cette réforme est impraticable. L'essai en a, du reste, été tenté à différentes reprises, et les efforts des législateurs sont venus échouer contre des préjugés, quelquefois aussi devant des nécessités pratiques ou même des avantages réels qu'ils ont hésité à supprimer. Depuis le jour où M. de Broglie, dans un article célèbre de la *Revue française* publié en 1828, attaqua les tribunaux administratifs avec toute la puissance de son talent, les assauts ont été souvent renouvelés. A chaque changement de gouvernement, nouvelle campagne, et, malgré ces rudes ébranlements, la juridiction des conseils de préfecture s'est toujours maintenue intacte; ses attributions se sont accrues et leur importance a toujours été grandissant au milieu même des orages et de la tempête.

D'où vient cette vitalité? N'y a-t-il pas, sous des apparences défectueuses, certains avantages, factices ou réels, qui ont arrêté les législateurs?

Si nous recherchons les causes de cette force de résistance aux chocs les plus violents, nous les trouvons d'abord dans un principe fort sage, fort respectable, base de nos institutions gouvernementales et dont l'autorité a toujours protégé la juridiction administrative comme une égide tutélaire. Ce principe est celui de la séparation des pouvoirs, d'après lequel toutes les réclamations contre un acte administratif doivent être portées devant l'administration. C'est à ce principe qu'elle doit d'avoir été créée, c'est à son ombre qu'elle a vécu, c'est à sa puissance qu'elle doit de subsister encore.

La seconde cause tient à l'origine même de cette juridiction. Œuvre nouvelle en apparence de l'Assemblée constituante de 1789, dont les grandes réformes libérales ont consacré la gloire, elle avait cependant l'avantage d'être depuis longtemps passée dans les mœurs, dans les traditions de la nation et mise en pratique sous des formes différentes.

Ajoutons en troisième lieu certains avantages pratiques incontestables, une procédure simple, rapide et peu coûteuse.

Enfin, par dessus tout, la nécessité incontestable de

Digitized by Google

recourir à des juges ayant des connaissances *spéciales* pour juger certaines matières dont la nature est toute *spéciale*.

La valeur de ces quatre causes mérite d'être approfondie. La première, c'est-à-dire la séparation des pouvoirs, est un principe incontestable, un axiome de droit public, une garantie de bon gouvernement; nul ne le méconnaît. Le pouvoir législatif fait les lois, le pouvoir exécutif ou administratif les applique, puis le pouvoir judiciaire juge les contestations que l'application amène fatalement. Chaque autorité doit rester dans la limite de ses attributions sans jamais empiéter sur le domaine des deux autres. La sagesse de cette théorie formulée, il y a plus d'un siècle, par Montesquieu, est évidente; aussi le procédé qui consiste à la mettre en avant, chaque fois que la juridiction des conseils de préfecture est attaquée, ne manque ni d'habileté ni de valeur.

Toutefois cet argument, le plus souvent employé, n'est pas le plus concluant. La plus grande partie des attributions des conseils n'ont aucun rapport avec le contentieux administratif, car parmi les réclamations qu'ils sont appelés à juger, un grand nombre ne s'élèvent point contre un acte administratif. Leur force réside bien plus dans la nécessité d'avoir des juridictions spéciales pour juger les questions spéciales. C'est donc défendre d'une façon inexacte la juridiction des conseils de préfecture que de recourir à un argument qui n'a d'autorité réelle que s'il s'agissait de justifier la juridiction administrative proprement dite. Or la question de la juridiction administrative et celle des conseils de préfecture sont très-distinctes; ce point doit être nettement établi dès le début afin d'éviter toute confusion. Il ne s'agit point ici de la discuter, elle subsiste en dehors des conseils de préfecture et, ceux-ci seraient-il supprimés, qu'elle n'en fonctionnerait pas moins dans le plus grand nombre des cas.

En effet, les actes administratifs n'ont pas tous le même caractère; tous n'émanent pas d'une façon aussi directe de l'autorité. Les uns tiennent au mouvement général de l'administration; intimement liés à l'action administrative, ils ne peuvent être réformés que par l'administration elle-même. Le principe de la séparation des pouvoirs exige que l'autorité judiciaire s'abstienne d'en connaître, car elle se mêlerait d'administration pure et usurperait des droits dans une matière d'où

Digitized by Google

l'intérêt public demande qu'elle soit écartée. Quand un préfet autorise un barrage dans un cours d'eau non navigable, il y met cette condition, que la loi lui donne le droit d'imposer s'il la croit utile, d'établir un déversoir pour faire évacuer le trop-plein des eaux et prévenir les débordements. C'est un acte d'administration pure. Ira-t-on réclamer devant l'autorité judiciaire pour obtenir la suppression de la condition? Si cela était, il n'y aurait plus d'administration possible. Personne ne conteste donc la nécessité d'appliquer rigoureusement la séparation des pouvoirs quand il s'agit d'actes de cette espèce.

Les autres sont moins liés à l'administration même; quoique émanés d'elle, on pourrait presque dire qu'ils n'en proviennent qu'indirectement. Son intervention se borne par exemple à une signature apposée sur un acte auquel elle ne prend pas autrement part. Ainsi, pour les contributions directes, des employés spéciaux préparent les rôles, mais l'administration proprement dite, c'est-à-dire le préfet, ne s'en mêle que pour les signer. Ce sont les actes de cette catégorie, et ceux-là seuls, qui donnent lieu à controverse. Pour ces actes, en effet, la limite de chaque autorité ne peut être déterminée avec une précision mathématique. Il y a de nombreux points de contact, des questions mixtes et indécises où les deux pouvoirs se touchent, se mêlent et se confondent; de là l'obligation de déférer à l'autorité administrative certaines attributions de l'autorité judiciaire ou à l'autorité judiciaire certaines attributions de l'autorité administrative. La Constituante de 1790 trancha la difficulté en faveur de la juridiction administrative par la loi du 7-11 septembre. C'est là un argument sérieux, et nous touchons ici à la seconde cause que nous avons indiquée.

Il me sera permis d'entrer dans quelques détails historiques et de suivre l'enchaînement des faits qui, peu à peu, presque sans s'en douter, ont amené la Constituante à prendre ce parti. Cet aperçu de l'enfantement successif de la juridiction administrative est indispensable pour bien comprendre les réformes qu'il est possible d'introduire.

On se souvient du rôle que les Parlements avaient joué avant la révolution de 89; quoique investis d'attributions exclusivement judiciaires, tantôt ils se mêlaient au pouvoir

Digitized by Google

législatif en contrôlant les lois par l'enregistrement, tantôt ils empiétaient sur le pouvoir exécutif en faisant des règlements généraux. Il faut convenir que ces tentatives furent toujours approuvées par l'opinion publique : à une époque où l'absence d'états généraux laissait un champ libre à l'arbitraire, on aimait à retrouver dans l'indépendance de la magistrature vis-à-vis du pouvoir royal les apparences d'un contrôle. Mais avec une représentation nationale fixe et régulière, telle que la Constituante avait juré d'en fonder une, les prétentions de la magistrature devenaient inutiles et presque dangereuses. L'Assemblée, loin de les admettre, était au contraire décidée à maintenir intactes toutes ses prérogatives; elle se montrait jalouse d'exercer elle-même, à l'exclusion de tout autre pouvoir, le contrôle de l'administration générale de la France. La suppression de l'ancien conseil du roi pour y substituer un simple conseil des ministres, plus facile à dominer, fut inspirée par cette pensée. Cette tendance n'a pas lieu de surprendre; les assemblées sont parfois très-jalouses à l'endroit de leurs pouvoirs; l'Assemblée constituante l'était d'une façon particulière pour tout ce qui touchait à sa souveraineté. La puissance, l'autorité, l'indépendance de la magistrature lui portaient ombrage; l'hostilité qu'elle montrait pour les idées de réforme, après avoir longtemps elle-même contrecarré le pouvoir royal, inquiétait les hommes appelés à nous donner des institutions nouvelles. Dans cet esprit de défiance que les circonstances expliquent, la Constituante pencha en faveur des administrations, et cependant elle n'en arriva à leur conférer certains pouvoirs de juridiction que peu à peu, entraînée par la force des choses.

Le premier point était d'interdire aux tribunaux d'intervenir en quoi que ce fût dans toute affaire touchant de près ou de loin à l'administration. Cette mesure fut prise par la loi du 16-24 août, laquelle prononce des peines sévères contre les magistrats qui jugeraient des contestations de cette nature. Voilà le premier pas, le plus important; la juridiction administrative est implicitement créée. Mais l'Assemblée ne sait pas encore à quelle juridiction les contestations dont elle vient préalablement d'interdire la connaissance aux tribunaux seront déférées; du reste, peu lui importe pour le moment; elle ne s'occupera que plus tard de ce point secondaire.

Digitized by Google

Sera-ce un tribunal spécial? sera-ce l'administration elle-même? On n'en sait rien encore; il est cependant très-probable que ce seront des tribunaux spéciaux, en dehors à la fois et de la magistrature et de l'administration, car le titre XIII du projet de loi en propose l'organisation.

Quand on fut arrivé à la discussion de ce titre et qu'il fallut organiser une juridiction spéciale, des difficultés d'application auxquelles on n'avait pas songé se présentèrent. Un député du Tarn, Jean-Pierre Pezons, se leva, et fit ressortir les inconvénients d'une mesure ayant pour effet de multiplier les tribunaux. Il proposa, pour tout simplifier, de charger les conseils auxquels l'administration des départements et des districts était alors confiée du jugement des contestations administratives. Ses observations furent écoutées, ses objections parurent sages, et l'Assemblée, hésitant à conclure, renonça au projet primitif de constituer des tribunaux spéciaux, sans adopter pour cela une solution. Cependant un mois plus tard, dans le décret dit additionnel du 7-11 septembre 1790, l'Assemblée se décide pour le système plus expéditif qui consiste à confier à l'administration elle-même le soin de juger les contestations administratives. Les directoires de district et de département, chargés de l'administration, le sont aussi de la juridiction pour les matières administratives. Dans ce décret, deux espèces de contestations, d'une nature spéciale, celles relatives aux contributions directes et celles relatives aux travaux publics, sont seules nominativement désignées. Nous les retrouverons transportées aux conseils de préfecture fondés en l'an VIII.

Ainsi peu à peu, avec une certaine hésitation, afin d'appliquer le principe de la séparation des pouvoirs, et aussi par défiance de la magistrature, l'Assemblée établit l'autorité administrative elle-même juge du contentieux administratif, de la façon la plus étendue.

Une circonstance spéciale justifiait encore cette mesure. Les directoires de département étaient des *assemblées électives*, ayant par conséquent vis-à-vis du pouvoir central une grande indépendance. Huit membres nommés par leurs concitoyens et organisés en commission permanente (22 décembre-8 janvier 1790) étaient chargés d'administrer le département, de même qu'au-dessous d'eux quatre membres

Digitized by Google

également élus exercaient des fonctions semblables au district. L'organisation actuelle ne date que de l'an VIII; aux conseils élus furent alors substitués le préfet, le conseil général et le conseil de préfecture, tous nommés d'abord par l'État. Le caractère de la juridiction administrative se trouva immédiatement transformé; aux yeux du public, les conseils de préfecture devinrent des agents directs du gouvernement, et leur indépendance fut soupçonnée.

Enfin l'Assemblée se réservait de contrôler par elle-même tous les conseils départementaux ou communaux placés hiérarchiquement au-dessous d'elle. Réaliser un pareil projet n'était guère pratique, car une assemblée législative n'a ni le temps ni les éléments nécessaires pour surveiller avec fruit le mouvement administratif; mais réalisable ou non, ce projet était celui de l'Assemblée, et il est juste d'en tenir compte pour apprécier l'esprit dont elle était animée.

Quant aux méfiances qu'inspirait la magistrature en 1790, elles ne sont guère justifiées aujourd'hui en présence de la jurisprudence constante de nos tribunaux. Leur esprit d'impartialité a pu depuis longtemps être apprécié. Ce n'est pas un essai à tenter, une expérience à faire.

En effet, l'article 471 du Code pénal leur donne le droit d'examiner la légalité des règlements administratifs quand un prévenu est poursuivi en police correctionnelle pour infraction aux mesures édictées. Un préfet, un maire, usant du pouvoir réglementaire dont la législation française les a investis, prennent un arrêté; les contrevenants sont amenés devant des tribunaux, et les juges auront le droit d'examiner non pas seulement si les faits de la contravention sont prouvés, mais si l'arrêté lui-même est légal. C'est une dérogation formelle au principe de la séparation des pouvoirs. L'autorité judiciaire ne pouvait pas être armée d'une façon plus puissante contre l'administration. Si les juges ne trouvent pas l'arrêté de police légal, ils renverront les contrevenants absous : immédiatement l'administration se trouve directement atteinte, l'exécution de ses mesures est impossible.

Or il faut reconnaître que les tribunaux n'ont jamais abusé de ce pouvoir considérable. Depuis plus de trente années que cette arme a été confiée à leur sagesse, il n'en est résulté aucun inconvénient, et l'on ne peut pas dire que l'administra-

Digitized by Google

tion ait eu à se plaindre d'une intervention dont on semble redouter aujourd'hui les conséquences comme si l'expérience était encore à faire. Loin de là, la juridiction des tribunaux est généralement plus favorable à l'administration qu'aux administrés, et il suffit pour le prouver de rappeler combien d'arrêtés préfectoraux ou municipaux dont l'autorité judiciaire avait admis la légalité sont annulés chaque année pour excès de pouvoir par la juridiction protectrice du Conseil d'État.

Pour la fixation des limites du domaine public particulièrement, il est reconnu que la Cour de cassation accorde aux droits privés une protection beaucoup moins efficace que le Conseil d'État lui-même [1].

Les tribunaux sont encore juges des contestations en matière de contributions indirectes. Les contraventions de petite voirie sont de la compétence du tribunal de police correctionnelle. Cependant aucun de ces services n'a jamais été entravé. Il en est de même pour les questions d'état, de propriété et pour la plupart des contrats. Car, notons-le bien, la règle de la séparation des pouvoirs n'est pas absolue; ces exemples montrent qu'il y a des tempéraments dans l'application. Une réforme ne ferait donc qu'ajouter quelques dérogations à celles qui existent déjà, et la jurisprudence actuelle des tribunaux prouve que la crainte de les voir entraver l'action administrative est trop exagérée pour y faire obstacle.

Les conseils de préfecture tirent une force bien autrement réelle des avantages de leur procédure. Nous touchons ici à un des points les plus ignorés de cette juridiction, et cependant à ce qui constitue l'un de ses meilleurs titres au respect des réformateurs. La loi du 21 juin 1865 avait décidé que dans un délai de cinq ans une loi spéciale réglerait d'une façon définitive et complète tous les détails de la procédure devant les conseils de préfecture. Pour s'y conformer, un projet de loi fut rédigé par la section du contentieux du Conseil d'État et soumis en juin 1870 avec un rapport de M. Chevandier de Valdrôme, ministre de l'intérieur à l'approbation du Sénat [2]. Les événements empêchèrent la discussion et la

[1] Arrêts du 13 décembre 1866 (Coicand), du 9 janvier 1868 (Archambault).
[2] Un décret du 8 juin 1870 désignait comme commissaires du gouverne-

Digitized by Google

loi est encore à voter. Mais les règles principales subsistent et elles suffisent pour établir la supériorité incontestable de cette procédure sur celle des tribunaux civils.

Autant l'une est compliquée, coûteuse, embarrassée, autant l'autre est simple et rapide. Devant le conseil de préfecture, point d'avoués : l'introduction d'une affaire se fait par le simple dépôt d'un mémoire au greffe de la préfecture. Pas d'assignations à la partie. La communication lui en est faite sur l'avis du rapporteur que le conseil désigne immédiatement, non pas par huissier, mais par lettre chargée, moyen bien plus simple d'éviter des frais inutiles, avec la certitude que la communication sera certainement faite. Il en est de même pour toutes les autres notifications toujours adressées par voie administrative.

Quant à l'instruction, le juge lui-même la dirige afin d'éviter l'intervention des avoués. C'est le juge, c'est-à-dire le conseil de préfecture, qui ordonne les diverses mesures d'instruction destinées à éclairer sa décision : vérifications d'écritures, expertises, etc.

Lorsque l'instruction est complète et que le rapport sur le litige est prêt, le jour de la décision est fixé par le président d'accord avec le commissaire du gouvernement. Avis en est donné, toujours administrativement, aux parties qui ont manifesté le désir de présenter des observations orales. Un dernier point, qui ne laisse pas d'être fort utile aux plaignants, c'est qu'on peut toujours en appeler d'une décision d'un conseil de préfecture, *si peu importante que soit l'affaire*, si minime que soit la somme objet du litige, tandis que devant les tribunaux judiciaires toutes les contestations qui sont au-dessous d'un certain prix sont jugées définitivement et en dernier ressort. Devant les tribunaux de première instance l'appel n'est autorisé qu'au delà de 1,500 francs; devant les juges de paix au delà de 100 francs. Les choses ne se passent pas ainsi devant le conseil de préfecture; un contribuable dont la réclamation n'aurait pour objet qu'une cote de 10 francs peut en appeler au Conseil d'État, et sa réclamation sera jugée dans le délai de trois mois. Ainsi pas d'ex-

ment MM. Boulatignier, président de la section du contentieux, du Martroy, Migneret, Aucoc, conseillers d'État.

Digitized by Google

ploits, pas d'assignations aux parties, pas d'huissiers, pas d'avoués, pas d'avocats. Voilà les avantages que présente la procédure devant les conseils de préfecture. Ils se résument en deux mots : économie, célérité. Ces dispositions sont le fruit des inspirations les plus libérales. Les difficultés de la procédure ordinaire, ses ambages et ses lenteurs ont néanmoins quelque raison d'être, on veut éviter de multiplier les procès; mais quand il s'agit d'actes administratifs, le plus humble des citoyens, s'il a été lésé, ne doit trouver aucun obstacle dans les dépenses à faire ou les lenteurs à subir pour obtenir justice.

Je me suis appesanti sur ces détails de procédure parce qu'ils constituent au profit de la juridiction des conseils de préfecture des avantages incontestables, avantages dont il ne faut à aucun prix priver les particuliers. Je prends soin de les signaler, d'en montrer l'importance, parce qu'un changement d'attributions ne serait acceptable qu'à la condition de pouvoir conserver cette procédure spéciale devant les tribunaux ordinaires.

En dernier lieu, et cet argument est le plus juste et le plus péremptoire qu'il soit possible d'alléguer en faveur des conseils de préfecture, il y a certaines matières spéciales pour lesquelles il faut un tribunal composé de juges ayant des connaissances spéciales. C'est ainsi que pour les affaires commerciales on a établi des tribunaux de commerce et, dans un autre genre, la Cour des comptes et les conseils de révision. Or, comme ces tribunaux, le conseil de préfecture est une juridiction spéciale et c'est à ce point de vue bien plus que comme juridiction administrative qu'il convient de l'apprécier.

Cette nécessité d'une juridiction spéciale résulte de ce que pour certaines contestations la législation est toute différente : la jurisprudence a ce caractère particulier, qu'elle doit être rapidement fixée sur toutes les questions; la procédure doit être moins coûteuse, plus rapide ; l'esprit qui doit inspirer les décisions n'est pas le même que celui des tribunaux ordinaires. Devant ceux-ci, deux particuliers sont en présence, il s'agit de dire le droit sans considérer les conséquences; dans les questions administratives, au contraire, le juge ne doit pas exiger sans nécessité l'application

Digitized by Google

rigoureuse des prescriptions administratives, il est tenu à plus de condescendance pour les particuliers, quand l'intérêt général n'exige pas la revendication absolue des droits publics. C'est cette considération qui a le plus souvent engagé l'administration a réclamer le maintien des conseils de préfecture et non pas, comme l'a dit M. Roulleaux Dugage dans la discussion qui eut lieu en 1865, le désir de rester maitresse de son contentieux.

Nous venons d'indiquer les quatre causes qui ont jusqu'ici fait la force des conseils de préfecture. Nous avons vu que le principe de la séparation des pouvoirs était à tort présenté comme le plus puissant argument en faveur de cette juridiction mais qu'en revanche deux considérations importantes, la nécessité de juges spéciaux pour les matiéres spéciales et les avantages de la procédure actuelle exigent d'apporter les plus grands ménagement dans la réforme proposée.

Cette réforme est nécessaire, mais dans quelle mesure, de quelle manière doit-elle être opérée? Ici se présentent les difficultés; après avoir montré les inconvénients de ce qui existe, il importe de n'en dissimuler aucune.

On propose de supprimer les conseils de préfecture et de transporter en bloc toutes leurs attributions aux tribunaux civils. Le moyen est fort simple; il n'a qu'un défaut, c'est d'être impraticable. Parmi ces attributions, en effet, les unes sont absolument incompatibles avec la juridiction ordinaire, comme celle qui a pour objet les établissements incommodes et insalubres. Nul ne contestera, par exemple, que l'administration chargée de veiller à la salubrité ainsi qu'à la sûreté publique, ne soit libre d'apprécier s'il y a lieu à autoriser ou à interdire ces établissements. La réclamation des particuliers auxquels l'autorisation a été refusée et qui demandent l'annulation de la décision préfectorale ne peut évidemment pas être portée devant un tribunal ordinaire. Il y a incompatibilité absolue, sous peine de rendre l'administration impossible. D'autres attributions embarrasseraient fortement les tribunaux, comme l'examen des comptes des communes et établissements publics dont les revenus ne dépassent pas 30,000 francs.

Les modifications à introduire ne peuvent donc être appréciées qu'à la condition de prendre à part chacune des

Digitized by Google

attributions des conseils de préfecture, de les examiner, de voir ainsi celles qui peuvent leur être enlevées et à quelle autorité elles pourraient être remises, soit aux tribunaux, soit aux commissions permanentes, soit au jury.

Nous avons vu que parmi ces attributions quelques-unes appartiennent au contentieux administratif comme :

Les contributions directes et assimilées.

Les travaux publics, soit qu'il s'agisse d'un contrat avec des entrepreneurs, soit d'une indemnité à attribuer aux particuliers pour torts ou dommages résultant des travaux;

Les élections.

Les bacs et bateaux;

Les établissements dangereux;

Les logements insalubres;

Les autres n'ont aucune relation avec la séparation des pouvoirs. Ce sont :

La répression des contraventions de grande voirie;

La fixation de l'indemnité due aux concessionnaires lorsque la pêche est suspendue dans les rivières navigables ou flottables.

La vente des biens du Domaine;

Les litiges soulevés par les associations syndicales;

L'apurement des comptes des communes;

Les questions de possibilité et de défensabilité des forêts;

Le partage des biens communaux.

Quoique dans ces dernières attributions, la réclamation ne s'élevât pas contre un acte administratif, la compétence du conseil de préfecture a été établie parce que le législateur, trouvant un tribunal organisé, fonctionnant rapidement et à peu de frais, céda facilement à la tentation de lui confier toutes les contestations quelle que fût leur nature. Il y avait du reste plutôt avantage qu'inconvénient, car l'administration étant absolument désintéressée dans presque toutes ces matières, la compétence des conseils de préfecture était acceptée volontiers.

Passons brièvement en revue toutes ces attributions : *Contributions directes et taxes assimilées à ces contributions.*

Cette attribution peut être considérée comme fondamentale pour les conseils de préfecture. Désignée en termes exprès

Digitized by Google

dans le décret additionnel du 7-11 septembre 1790, reproduite dans la loi de l'an VIII, elle est la première et en quelque sorte la plus considérable de celles qui furent confiées au nom de la séparation des pouvoirs à une juridiction administrative. Et cependant l'opinion publique, généralement si hostile aux conseils de préfecture, ne s'est jamais fortement élevée contre cette compétence. Cela se comprend parce que l'administration proprement dite n'a qu'une part très-indirecte dans l'œuvre de la répartition des impôts. Le préfet n'intervient que pour la forme, car il se borne à mettre une signature au bas du rôle qu'il n'a point établi lui-même. Sa personnalité est donc peu engagée, et le public est assez perspicace pour comprendre que son influence n'est pas à redouter dans le conseil de préfecture; d'ailleurs, dans la pratique, elle est absolument nulle.

M. Boulatignier, dans son remarquable discours sur les conseils de préfecture prononcé au Corps législatif en 1865, le montre clairement : « A qui persuadera-t-on que le chef de l'administration du département, lorsqu'il se trouve en présence de la réclamation d'un contribuable qui a donné lieu à une instruction écrite, est préoccupé de la pensée d'agir sur l'opinion des conseillers de préfecture pour faire confirmer les rôles qu'il a rendus exécutoires? Mais savez-vous pourquoi il les a rendus exécutoires? C'est que les agents des contributions directes qui les ont confectionnés ne sont que des agents axiliaires à qui la loi ne reconnaît aucune autorité directe sur les citoyens, et il n'y a qu'un agent investi de l'autorité directe qui puisse donner un mandat exécutoire. L'intervention du préfet n'a pas d'autre motif. »

Voilà ce que l'opinion a compris. Voilà pourquoi la juridiction des conseils de préfecture en matière de contributions soulève peu de réclamations.

Faut-il cependant leur enlever cette attribution?

Pour le soutenir, on s'appuie sur l'exemple des contributions indirectes dont les réclamations ont toujours été de la compétence des tribunaux. Mais cet exemple n'est pas très-concluant, car de grandes différences séparent ces deux espèces d'impôts. Les impôts indirects ne sont pas l'objet d'une répartition administrative, ils reposent sur un tarif généralement fort simple à appliquer; d'où il résulte qu'au-

Digitized by Google

cune connaissance spéciale n'est nécessaire, et que le premier tribunal venu est parfaitement apte à juger si l'application du tarif a été faite conformément à la loi. De plus, l'intervention de l'administration est pour ainsi dire nulle puisqu'il n'y a ni rôles à rédiger, ni matière imposable à rechercher, ni répartition à faire.

Le point délicat est de trouver un autre tribunal que le conseil de préfecture pour le contentieux des contributions directes.

A qui donner le soin de juger toutes les demandes en décharge ou en réduction, les mutations de cote et les réintégrations au rôle? Sera-ce à la commission permanente du conseil général? Mais la charge serait bien lourde. Sur 310,000 affaires qui sont annuellement portées devant les conseils de préfecture, 300,000 ont pour objet les contributions. Car il faut comprendre sous ce nom d'impôts directs non-seulement les quatre principales contributions, mais en outre une foule de petites taxes, dites assimilées, dont le conseil de préfecture a la connaissance : taxes sur les biens de main morte, prestations sur les chemins vicinaux, redevances sur les mines, vérifications des poids et mesures, taxe sur les chiens, contributions pour les bourses et chambres de commerce, taxes pour le desséchement des marais, pour les associations syndicales, pour l'arrosage, pour le pavage, etc. Il est bien difficile de supposer que la commission permanente, si ardent que soit son zèle, puisse assumer un semblable surcroît de travail. Sera-ce à la juridiction des tribunaux? Cela se comprendrait mieux; bien des juges en province sont peu occupés, et une légère augmentation d'affaires ne serait qu'un avantage. Mais seraient-ils à même immédiatement d'appliquer une législation spéciale et une jurisprudence depuis longtemps fixée? On peut craindre de voir se substituer à cette jurisprudence, dont le Conseil d'État a fondé les règles et l'unité, une jurisprudence nouvelle, multiple, variant suivant les Cours d'appel. Autre difficulté : les conseils de préfecture sont obligés de rendre leurs décisions dans le délai de trois mois à partir du dépôt de la réclamation ; passé ce délai, le contribuable est autorisé à cesser le payement des douzièmes échus de la contribution. Cette clause est trop avantageuse aux particuliers pour ne pas

Digitized by Google

être maintenue, mais il en résulte qu'un tribunal pourrait, par sa lenteur et par sa seule force d'inertie, empêcher la rentrée de l'impôt, s'il ne rend pas une décision dans les trois mois. Enfin l'instruction spéciale, dont les réclamations sont l'objet, peut offrir un certain inconvénient. On reproche aux conseils de préfecture de statuer les yeux fermés sur les conclusions du directeur des contributions directes dont on doit prendre l'avis ; il est bien présumable que les juges peu au courant de ces questions, admettront bien plus facilement encore les solutions proposées par l'administration fiscale. En présence de ces difficultés, il serait préférable de conserver les conseils de préfecture pour cette matière, où leur juridiction est moins contestée.

Travaux publics. — Après la précédente, cette attribution est la plus considérable et la plus ancienne de toutes celles dont sont investis les conseils de préfecture. Son objet est double :

1° Jugement des litiges entre les entrepreneurs de travaux publics, les fournisseurs d'objets destinés à un travail public et l'administration sur le sens et l'exécution des clauses des marchés;

2° Fixation de l'indemnité en cas de torts ou dommages causés aux particuliers pour l'exécution des travaux.

Dans le premier cas, il s'agit d'un contrat entre l'administration et un entrepreneur de travaux publics.

Une contestation s'élève sur le sens de l'exécution des clauses du marché; elle doit être portée devant le conseil de préfecture.

De toutes les attributions des conseils de préfecture, celle-ci est la plus sévèrement jugée, par ce motif qu'il y a une convention et que l'administration qui l'a souscrite est, en cas de contestation, son propre juge.

Intimement unis à l'autorité administrative, présidés au moins en principe par le préfet lui-même, l'opinion, qui juge le plus souvent sur les apparences, s'est habituée à mettre en doute l'indépendance des conseils de préfecture et il n'est pas admissible que l'équité d'un tribunal puisse même être suspectée.

Dans tous les autres cas, s'il y a contrat passé avec l'administration, la jurisprudence administrative renvoie devant

Digitized by Google

les tribunaux, faisant ainsi exception à la règle de la séparation des pouvoirs. M. Aucoc, dans son ouvrage si estimé sur le droit administratif, le déclare formellement.

« S'il s'agit des droits ou des obligations qui dérivent d'un contrat proprement dit passé par l'administration, c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient en principe d'y statuer sans qu'on ait à rechercher si le contrat était passé à l'occasion d'un service public ou pour la gestion des propriétés publiques. La juridiction administrative ne peut être saisie des difficultés relatives à l'exécution des contrats que s'il existe un texte de loi qui lui attribue compétence à cet effet. »

(Arrêt du 10 septembre 1861, commune de Plaque. Décret sur conflit du 29 août 1865, commune de Vicq et commune de Montbéton. Arrêt du 19 février 1868, Portaluppi.)

Dans cette matière des travaux publics, la jurisprudence est liée par un texte; la loi de 1790, celle de l'an VIII sont formelles, il faut s'y soumettre tant que le législateur n'aura pas modifié la compétence.

Il faut reconnaître cependant que devant les tribunaux, les intérêts publics seront moins bien défendus que ceux des particuliers; il est certain que l'administration ne montre pas pour la défense de ses propres affaires le même zèle et la même ardeur que les parties privées, et cette considération pouvait expliquer l'avantage réel donné à l'administration dans toutes les questions litigieuses.

Ce n'est pas tout : les règles qui régissent les travaux publics ne sont pas celles du droit commun; ainsi, l'État peut toujours résilier ses conventions lorsque l'intérêt public l'exige, tandis qu'ordinairement une convention ne peut être modifiée que du consentement mutuel des parties ou pour les causes que la loi autorise. L'État peut imposer la régie aux entrepreneurs, c'est-à-dire mettre la main sur l'outillage et continuer les travaux sans leur concours. Rien de tout cela n'a lieu dans les contrats formés selon le droit civil. M. Dareste fait aussi valoir, dans les *Observations* sur le *Questionnaire* qu'il a adressées au nom des avocats au Conseil d'État, que si les tribunaux sont juges du contentieux entre l'État et les entrepreneurs, il y aura bientôt autant de jurisprudences que de cours d'appel, car la Cour de cassation ne pourra pas

Digitized by Google

être saisie. Le cahier des clauses et conditions générales imposé aux entrepreneurs n'est que l'ensemble des règles d'un contrat, et la Cour de cassation est incompétente pour juger les simples interprétations de contrat. Ces considérations sont importantes, d'autant plus qu'en ces matières il faut que les décisions soient rapidement rendues, sous peine d'apporter des retards interminables dans l'exécution des travaux publics. Toutefois l'accusation d'être juge et partie que l'opinion s'est habituée à porter contre les conseils de préfecture lorsqu'ils jugent cette nature de contestations est assez grave pour qu'une concession soit faite, non pas en donnant cette attribution aux tribunaux, ce qui serait tomber dans un autre inconvénient, mais plutôt en constituant la juridiction des conseils de préfecture avec des garanties d'indépendance qui lui manquent aujourd'hui. Cette dernière combinaison est au reste conforme aux intentions qu'avait manifestées en 1851 la commission dont M. de Larcy fut rapporteur au sujet des conseils de préfecture; c'est dans ce sens que la réforme à introduire sera le plus utilement dirigée.

Dans le second cas, lorsqu'il s'agit d'une indemnité à accorder aux propriétaires auxquels l'exécution des travaux a causé des dommages, on peut à la rigueur appliquer le principe du jury inauguré en 1841 pour l'expropriation? Jusqu'en 1810, en vertu de la loi de l'an VIII, les conseils de préfecture ont fixé l'indemnité même pour l'expropriation : à cette époque seulement les tribunaux leur furent substitués, et plus tard le jury remplaça à leur tour les tribunaux.

Il serait donc assez naturel et même logique de pousser la réforme un peu plus loin et d'appliquer le système du jury pour la fixation de l'indemnité en cas de simples dommages; d'autant plus qu'un grand nombre, qualifiés dommages permanents, ont tous les caractères de l'expropriation. La question de savoir si les dommages de cette catégorie ne devaient pas être considérés comme une expropriation proprement dite souleva même longtemps de vives controverses devant les tribunaux administratifs.

Mais il y a un danger dans la tendance du jury à accorder des indemnités quelquefois excessives. Lors de la discussion de la loi du 12 juillet 1865 sur les chemins de fer d'intérêt local, des plaintes sérieuses se sont élevées contre cette ten-

Digitized by Google

dancé. « Il est incontestable, dit M. Lehon dans son rapport, que pour l'exécution des grandes lignes de chemins de fer, les indemnités exhorbitantes accordées par le jury contribuent à augmenter les dépenses de construction. L'exagération en ce genre n'a souvent pas de limites. Dans le réseau de l'Ouest, les indemnités ont dépassé quelquefois 80,000 fr. par kilomètre, et récemment, pour des terrains occupés par le chemin de fer de Toulouse à Bayonne, il a été alloué des prix sept fois et demie supérieurs à ceux qui avaient été arrêtés à l'amiable par l'administration. »

Pour ne dissimuler aucune des difficultés, ajoutons que dans le cas où le jury deviendrait compétent pour fixer l'indemnité, il faudrait recourir aux tribunaux pour décider si le dommage est de nature à donner droit à indemnité[1], car le jury ne connait que les questions de fait et de chiffre. C'est une complication dans une matière déjà très-délicate.

Malgré ce double inconvénient, la propriété est un droit si respectable, qu'il doit être entouré de toutes les garanties, même au prix de quelques sacrifices ; il ne faut pas surtout que l'administration puisse être même soupçonnée d'abuser de sa puissance.

Élections. — Pour les élections, la loi du 10 août 1871 a établi la réforme nécessaire en ce qui concerne les conseils généraux investis désormais du droit de vérifier les pouvoirs de leurs membres. Aucune raison plausible n'autoriserait à maintenir ici la compétence du conseil de préfecture.

Elle se comprenait au contraire en 1833, à une époque où les conseils généraux, nommés jusque-là par le pouvoir, devenaient tout d'un coup électifs par l'effet de la nouvelle loi. Le législateur hésitait à leur donner à la fois tous les droits des assemblées élues, car le pas dans la voie libérale et décentralisatrice semblait déjà très-grand. C'est ainsi que les progrès sages et durables s'accomplissent lentement et sans secousse; il n'y a que les produits éphémères des révolutions pour pousser tout d'une pièce. Les plus heureuses modifications ont été apportées depuis 1833 à l'organisation des conseils généraux. Leur autorité a grandi avec le temps; la loi de 1867 a largement étendu leurs attributions, et celle de

[1] Art. 39, § 4, loi du 3 mai 1841.

Digitized by Google

1871, achevant l'œuvre commencée, semble les avoir enfin constitués avec leur véritable caractère.

Pour les conseils municipaux, la commission permanente issue comme eux du suffrage universel peut être chargée du soin de vérifier leurs élections. Il est en effet bien difficile de leur laisser à eux-mêmes ce soin. Dans les élections municipales les personnalités sont trop en jeu, les individus sont trop rapprochés, se connaissent trop pour qu'une vérification de pouvoirs puisse avoir lieu sans susciter des querelles mesquines et laisser dans les esprits de fâcheuses divisions.

Si ce système était adopté, il faudrait que l'appel de la décision de la commission fût porté devant le Conseil d'État. Cette mesure est indispensable afin d'avoir une jurisprudence uniforme; on risque, sans cela, de voir les diverses commissions permanentes juger différemment une même question, ainsi que cela pourra malheureusement se produire pour les conseils généraux que la loi de 1871 constitue juges sans appel de la validité de leurs élections.

Bacs et bateaux. — La propriété des bacs constituait autrefois un droit féodal; il fut aboli comme tous les autres par la loi du 15-28 mars 1790, qui autorisa tous les citoyens à établir des bacs sous la seule condition de payer une rétribution fixée par le directoire de département. Cette législation ne dura que quelques années, jusqu'à l'an VI. Depuis lors, l'exploitation des bacs est considérée comme un service public; ils sont en quelque sorte la continuation des routes, le trait d'union entre les deux bras du chemin, et à ce titre la puissance publique a cru devoir s'en réserver le monopole dans l'intérêt général.

Le ministre des travaux publics est donc chargé de l'organisation de ce service pour les routes nationales, le préfet et le conseil général pour les autres. Quant à l'exploitation des bacs, elle est confiée à des concessionnaires sous le contrôle des ingénieurs du gouvernement. Un cahier des charges, un tarif des prix de passage sont établis par les soins du ministre des finances ou du conseil genéral, suivant la nature des routes.

Mais lorsque la loi du 6 frimaire an VI réserva à l'administration seule le droit d'organiser des bacs, les proprié-

Digitized by Google

taires de bateaux de passage, autorisés à s'établir librement en 1790, se trouvèrent dépossédés. Pour juger les contestations spéciales qu'un pareil état de choses devait nécessairement faire naître, les conseils de préfecture furent déclarés compétents. Aujourd'hui toutes les difficultés suscitées par le changement de législation sont tranchées depuis longtemps; cependant la jurisprudence du Conseil d'État a maintenu la compétence des conseils de préfecture dans un autre sens, pour les litiges entre l'administration et les fermiers adjudicataires des bacs. Quoique cette jurisprudence ne soit pas absolument conforme aux intentions des législateurs de l'an VI, elle se justifie néanmoins par ce fait que la concession constitue un privilége pour l'exploitation d'un service public, dont l'organisation, la surveillance, la direction sont sous la responsabilité de l'administration. Ce n'est donc pas un contrat ordinaire, et l'on comprend que les difficultés puissent être portées avec avantage, pour l'intérêt public, devant l'administration elle-même.

Établissements dangereux. — Le refus d'autorisation ne devrait pas donner lieu à un recours contentieux, même administratif, d'après les principes admis sans contestation par tous les jurisconsultes. Cela se comprend facilement, quand on examine le caractère de cette attribution.

Le décret du 15 octobre 1810, modifié par celui du 25 mars 1852, donne au préfet le droit d'autoriser les établissements dangereux et incommodes dont l'énumération et le classsement sont légalement déterminés.

Le droit d'autoriser comporte celui de refuser; le soin d'apprécier les dangers ou les inconvénients des industries désignées est à la libre appréciation du préfet. C'est un acte d'administration pure. Il est impossible d'admettre qu'une autre autorité, surtout l'autorité judiciaire, vienne discuter les motifs de la décision préfectorale.

D'autre part, pour qu'il y ait lieu à un recours contentieux en droit administratif, il faut qu'il y ait eu droit lésé; dans l'espèce, où est le droit lésé? Les industries dont la liste et le classement ont été faits en 1810, ne peuvent être exercées que dans certaines conditions, et si elles ont été jugées sans inconvénients par le préfet. L'industriel auquel l'autorisation est refusée peut être lésé dans ses intérêts, mais non pas dans

Digitized by Google

ses droits, car ils étaient subordonnés à l'exécution des règles de police. Cependant, en présence de la rigueur de ces règles, des graves empêchements qu'elles apportent au libre exercice de certaine industries qui doivent être établies loin des habitations et ne fonctionner qu'à certaines heures sous la surveillance de la police, le législateur a voulu donner aux particuliers une protection *exceptionnelle*, et dans ce but constitua à leur profit un recours devant le Conseil d'État pour les deux premières classes d'établissements, devant le conseil de préfecture pour la troisième.

Les voisins d'un établissement dangereux ou incommode, outre le droit d'en attaquer le propriétaire devant les tribunaux pour obtenir une indemnité s'ils éprouvent des dommages, ont aussi un recours devant le conseil de préfecture pour obtenir même la suppression de l'usine autorisée par le préfet.

Du premier coup, on voit que pareille attribution ne peut être donnée à l'autorité judiciaire ; exceptionnelle même entre les mains d'un tribunal administratif inférieur, elle est radicalement incompatible avec le pouvoir judiciaire.

Ce serait une atteinte réelle et injustifiable portée à la séparation des pouvoirs, puisqu'un tribunal pourrait être appelé non-seulement à juger, mais à réformer l'acte d'un préfet.

Le plus simple serait d'autoriser le recours devant le Conseil d'État pour la troisième classe comme il existe pour les deux premières; car, pratiquement, le recours devant le conseil de préfecture ne peut avoir d'effet. Comment supposer que ce tribunal, dont le préfet est en somme le président, ira carrément se mettre en opposition avec lui, trancher de l'administrateur, autoriser ce que le préfet a refusé et supprimer ce que le préfet a autorisé?

Logements insalubres. — On ne pourrait pas appliquer la même solution aux logements insalubres, car le cas n'est pas semblable. Les conseils municipaux, sur l'avis des commissions d'hygiène, peuvent ordonner des travaux d'assainissement et même interdire la location momentanée des locaux insalubres. C'est un acte de pure administration susceptible d'être attaqué, comme tous les actes administratifs lésant un droit, par la voie contentieuse. Le cas est bien différent de

Digitized by Google

celui des établissements dangereux, car l'administration ne peut, sans porter atteinte à mon droit de propriétaire, m'interdire de louer ma maison. La loi de 1850 a donc très-naturellement établi un recours contentieux pour les réclamations des propriétaires contre les décisions municipales.

Faut-il déferer cette attribution aux tribunaux?

Évidemment non; la séparation des pouvoirs serait alors méconnue, car l'acte du conseil municipal interdisant la location est une mesure d'administration proprement dite, et les tribunaux saisis des réclamations seraient appelés à en arrêter l'exécution.

Pourrait-on la maintenir aux conseils de préfecture? Sans doute, car ceux-ci, en présence d'une décision municipale, n'éprouveront pas pour l'interdire les scrupules qu'ils éprouvent devant un arrêté préfectoral.

Cependant, on pourrait sans inconvénient la conférer à la commission permanente. Les cas de cette nature sont rares, ils ne surchargeraient pas la commission; ils sont simples et n'exigent qu'une visite pour être appréciés; enfin la commission est une autorité assez élevée pour pouvoir suspendre l'exécution d'une décision municipale.

Nous venons d'examiner les attributions des conseils de préfecture qui ont pour principe la séparation des pouvoirs; nous avons observé que pour les contributions directes il est pratiquement impossible de rendre les tribunaux juges des réclamations, et que pour les travaux publics une modification est absolument nécessaire. Les tribunaux pourraient à la rigueur être chargés de juger les difficultés entre l'administration et les entrepreneurs, car il s'agit d'un contrat; le jury de fixer l'indemnité pour les torts et dommages, car ils constituent une sorte d'expropriation, mais il serait beaucoup plus avantageux encore de maintenir la compétence des conseils de préfecture en les organisant de façon à ce que leur indépendance ne puisse pas être suspectée.

Quant à la vérification des élections municipales, aux logements insalubres, la commission permanente ou le conseil de préfecture peuvent également s'en charger.

Les contestations pour l'exploitation des bacs et bateaux appartiennent plus naturellement à la juridiction administrative qu'aux tribunaux.

Digitized by Google

Enfin pour les établissements insalubres, la compétence du Conseil d'État établie pour les deux premières classes serait logiquement applicable à la troisième.

En appliquant le même procédé aux autres attributions, la plus importante que nous rencontrons consiste dans la répression des contraventions de grande voirie.

Contraventions de grande voirie. — Cette attribution, déjà en germe dans la loi des 7-11 septembre 1790, n'a été nettement donnée aux conseils de préfecture que par celle du 29 floréal an X. Elle confie à leur juridiction le soin de faire réparer tous les dommages et de prononcer la peine pour toutes les dégradations commises en matière de grande voirie terrestre, fluviale et maritime. D'autres lois ont étendu sa compétence aux infractions à la police du roulage, aux servitudes militaires, à la dégradation des travaux de desséchement et digues à la mer. Cette attribution est due à l'idée que nul mieux que l'administration ne peut veiller à la conservation du domaine public, et en faire réparer les détériorations lorsqu'il y en aura eu de commises.

On peut penser, sans faire tort à l'administration, qu'un tribunal de police saisi d'une poursuite en contravention montrerait le même zèle qu'un conseil de préfecture pour la chose publique. Il aurait même cet avantage que l'autorité judiciaire pourrait appliquer un châtiment plus rigoureux et condamner le délinquant à l'emprisonnement, tandis que par un sentiment de haute justice le Conseil d'État interdit aux conseils de préfecture de prononcer aucune peine corporelle. Ils doivent se borner à appliquer une amende, et pour obtenir un châtiment plus grave il faut recourir à la juridiction des tribunaux. En confiant à ceux-ci la répression des contraventions, on éviterait les inconvénients d'une double action intentée parallèlement devant deux autorités différentes; on rendrait la législation en matière de voirie plus simple et plus homogène, car les tribunaux ont toujours eu la répression des contraventions de petite voirie, attribution dont ils se sont acquittés avec assez de soin et même de rigueur pour démontrer que la grande voirie ne perdrait rien à être placée sous leur sauvegarde. Mais en revanche les par-

[1] Arrêts du 23 avril 1807 (Pavaillon); 2 février 1808 (préfet de l'Escaut).

Digitized by Google

ticuliers seront privés d'un sérieux avantage. Lorsque l'administration juge, elle administre encore, en ce sens qu'elle ne se borne pas à appliquer rigoureusement et en aveugle les règlements de police, elle apprécie s'il y a lieu de les appliquer, et si telle contravention, quoique réellement constatée, exige une répression. Une semblable appréciation ne peut pas appartenir à l'autorité judiciaire, qui doit se borner à constater le délit et à lui appliquer la peine.

C'est ce que M. Blanche[1] constate avec regret dans son ouvrage sur les *Contraventions de police*, dans lequel il montre que la Cour de cassation ordonne la démolition des travaux exécutés en contravention sans distinguer, comme le fait le conseil d'État, s'ils sont ou non confortatifs.

Vente des biens du domaine. — La compétence des conseils de préfecture, au sujet de la vente des biens du domaine, est la conséquence et la suite d'une loi politique abrogée aujourd'hui, mais dont les dispositions détournées de leur sens primitif ont survécu à la loi même. Le législateur de l'an VIII avait en vue les *biens nationaux* qu'il voulait protéger. C'est afin de favoriser leurs détenteurs que toutes les réclamations dont ils pouvaient être l'objet de la part des anciens propriétaires durent être déférées aux conseils de préfecture plutôt qu'aux tribunaux. Aujourd'hui les questions de biens nationaux sont depuis longtemps vidées, et la compétence des conseils de préfecture n'aurait plus d'objet, si elle n'avait été maintenue dans la pratique pour les contestations entre l'administration et les acheteurs de biens du domaine de l'État. La jurisprudence du Conseil d'État aurait pu réprimer l'abus de cette interprétation, car toute vente est un contrat, et les contestations auxquelles il donne lieu appartiennent de droit aux tribunaux. Nous avons montré que ce principe était admis par le Conseil; il est juste de l'appliquer ici.

Quant aux *baux* ayant pour objet les biens du domaine, dont la compétence avait été aussi attribuée aux conseils de préfecture par une interprétation extensive de la loi précédente, on peut leur appliquer la règle suivante proposée par

[1] Premier avocat général à la Cour de cassation. *Études pratiques sur le Code pénal*, t. VII.

Digitized by Google

le dernier président de la section du contentieux, le savant M. Boulatignier : Si l'État, signant un bail, agit comme propriétaire, c'est un contrat ordinaire dont la connaissance revient à l'autorité judiciaire [1].

Si l'État agit comme administrateur d'un service public des chemins de fer, par exemple, ou des bacs et bateaux, le contrat prend un caractère spécial, et la juridiction administrative est applicable.

Vérification des comptes. — Une attribution d'un caractère particulièrement administratif et néanmoins contentieuse par ses formes, est celle qui donne aux conseils de préfecture le soin *de vérifier le compte des communes* dont les revenus ordinaires sont inférieurs à 30,000 francs.

Cette mesure a été prise afin de décharger la Cour des comptes. Voila une compétence qu'on peut leur enlever sans soulever aucune objection de principe. Mais qui s'en chargera? Est-ce l'autorité judiciaire! Elle n'a pas qualité pour déclarer les comptables en quitus, en débet ou en avance; de plus cette déclaration est un acte administratif, entouré de formes contentieuses pour permettre aux comptables de s'expliquer plus facilement. L'autorité judiciaire n'a rien à y voir. Est-ce la commission permanente du conseil général, le conseil général lui-même? La charge est trop lourde : il n'y faut pas songer. Qui donc alors? On pourrait à la rigueur la rendre à la Cour des comptes. Mais entre les mains des conseils de préfecture elle ne soulève aucune objection.

Dans quelques autres attributions le conseil de préfecture remplit, à proprement parler, le rôle d'arbitre; l'administration se trouve absolument désintéressée et les contestations lui ont été déférées comme à un tribunal toujours à portée pour résoudre promptement et économiquement les difficultés.

D'abord, en matière de *Pêche*.

Quant le gouvernement croit nécessaire d'interdire la pêche pendant un temps déterminé dans les fleuves ou rivières, cette interdiction cause un préjudice à ceux qui en

[1] *Dictionnaire d'administration*, article : Baux administratifs.

Digitized by Google

sont concessionnaires. Une indemnité leur est due. Par qui sera-t-elle fixée? On peut appliquer le système du jury.

De même la loi du 21 juin 1865 sur les *Associations syndicales*.

Dans le but de favoriser ces associations en leur évitant les lenteurs interminables de la procédure devant les tribunaux, les conseils de préfecture ont été déclarés compétents pour juger toutes les contestations soulevées par les travaux. La multiplicité des opérations qu'entraine l'organisation d'une société syndicale est une source féconde en litiges : difficultés sur la fixation du périmètre des terrains compris dans l'association, contestations relatives à la division des terrains en classes, du classement des propriétés en raison de leur intérêt aux travaux (car l'intérêt est la base de la part contributive de chacun dans la dépense) à la répartition et à la perception des taxes, à l'exécution des travaux. Voilà bien des matières à procès; et pour les terminer plus rapidement on avait pensé que le conseil de préfecture était le tribunal le plus avantageux.

Il remplit en effet, en cette matière, le rôle d'arbitre. Aussi trouvera-t-on avec peine une autre juridiction aussi favorable pour le remplacer. Créer spécialement des commissions arbitrales comme la loi du 16 septembre 1807 l'avait fait pour le desséchement des marais est chose difficile, car on ne trouve pas toujours à une distance rapprochée des hommes compétents et libres de leur temps. Quant aux tribunaux, leur juridiction ne pourrait utilement remplacer celle des conseils de préfecture qu'à la condition de modifier radicalement la procédure actuelle trop lente et surtout trop coûteuse.

Droits de pacage dans les forêts. — La compétence du conseil de préfecture est de la même nature que la précédente. C'est un véritable arbitrage. L'administration a été autorisée à racheter toutes les servitudes qui avaient été autrefois concédées dans les forêts de l'État; une exception existe toutefois pour le droit de pâturage, quand la commune qui en est propriétaire prétend qu'il lui est indispensable. S'il y a contestation entre l'administration des forêts et la commune, sur le point de savoir si le droit de pâturage est indispensable, le conseil de préfecture est compétent. La diffi-

Digitized by Google

culté est si simple que la commission permanente pourrait facilement la résoudre.

Partage des biens communaux. — Les partages des biens communaux avaient été autorisés le 10 juin 1793 pour intéresser les populations au nouveau régime; interdits en l'an IV, ces partages continuèrent néanmoins, et l'administration dut poursuivre le recouvrement des biens partagés malgré la défense qui en avait été faite. Les contestations devaient être portées devant les conseils de préfecture. Aujourd'hui cette compétence offre peu d'intérêt; la matière qui en fut l'objet est à peu près épuisée; elle s'applique désormais au partage des fruits.

Nous n'avons rien dit encore de la compétence des conseils de préfecture en matière de *contributions indirectes.* C'est qu'elle est à la fois très-exceptionnelle, très-restreinte et presque insignifiante. La masse des réclamations en cette matière est portée devant les tribunaux; mais dans trois cas spéciaux *pour les octrois*, les contestations entre les communes et les régisseurs; *pour les boissons*, les contestations entre les employés de la régie et les débitants au sujet du droit de détail; *pour le tabac*, celles qui portent sur le nombre des plants qu'on est autorisé à cultiver sont déférées au conseil de préfecture.

Rien n'empêche de les porter, comme les autres, devant les tribunaux.

Nous voici arrivés au terme de cette longue étude : toutes les attributions contentieuses des conseils de préfecture sont passées sous nos yeux, celles qui leur furent déférées au nom de la séparation des pouvoirs à cause de leur caractère administratif et celles où l'administration est si désintéressée que le législateur a cru sans inconvénient de les soumettre à leur juridiction comme à un arbitre.

Nous avons vu qu'il n'était pas possible de transporter d'un trait de plume toutes ces attributions à l'autorité judiciaire; de là l'obligation de rechercher devant quelles juridictions elles peuvent être portées.

Le second résultat de notre examen a été de constater que si certaines juridictions, tribunaux, jury, Conseil d'État ou commissions permanentes peuvent, sans violer absolument les principes, juger les difficultés actuellement déférées aux

Digitized by Google

conseils de préfecture, cependant aucune n'offre au même degré les avantages pratiques de ces derniers, surtout si leur organisation complétée était rendue moins dépendante de l'administration. La nécessité d'une juridiction spéciale pour certaines matières spéciales est indiscutable; pour les matières administratives cette juridiction existe, mais les liens trop étroits qui l'unissent avec le pouvoir central ont rendu suspecte son impartialité. Le point important est donc de faire tomber les préventions en diminuant le rôle d'agents administratifs que l'on prête aux conseillers de préfecture pour accentuer leur caractère de magistrats judiciaires. C'est du moins en ce sens qu'inclinent presque tous les jurisconsultes qui ont répondu au questionnaire de la commission de décentralisation. Ils réclament que les conseils de préfecture soient juges de tout le contentieux administratif, et non pas seulement, comme aujourd'hui, des seules matières contentieuses qu'une loi formelle leur attribue; que les fonctions administratives au contraire dont ils sont investis leur soient enlevées; enfin que la présidence ne soit plus réservée aux préfets.

Il est certain qu'une réforme ainsi entendue aurait pour effet de relever dans l'opinion publique la magistrature administrative et de faire tomber bien des préjugés avec lesquels il faut compter. Ce résultat serait encore plus assuré en veillant avec plus de soin que par le passé à la composition de cette juridiction.

Un examen préalable sur les matières administratives, comme pour l'auditorat au Conseil d'État, serait même une innovation utile pour assurer un recrutement de choix au personnel des conseils de préfecture. Le titre de licencié en droit, l'exercice plus ou moins long de certaines fonctions administratives ou judiciaires ne suffisent pas pour faire un bon conseiller de préfecture. Pour juger des contestations administratives, l'étude et la connaissance approfondie des matières administratives est indispensable.

La difficulté nouvelle d'un examen placé à l'entrée de cette carrière trouverait une compensation dans certains avantages qu'il est possible de donner à la situation des conseillers de préfecture. Si, par exemple, les jeunes gens entrés par cette voie étaient assurés de leur avenir dans la magistrature

Digitized by Google

administrative au moyen d'un avancement sur place, le personnel des conseils de préfecture serait bientôt et plus choisi et plus instruit.

Dans ces conditions d'indépendance relative l'importance des conseils de préfecture peut être augmentée en accentuant leur caractère de conseil dans le sens strict et littéral du mot. Pour certaines mesures, dans certains cas graves, le préfet aurait l'obligation de prendre l'avis de son conseil, non plus seulement pour faire acte de juge comme autrefois avant la loi du 21 juin 1865, pour des matières contentieuses qu'il décidait en conseil de préfecture, mais pour des actes purement administratifs. Ce rôle de conseil est heureusement exercé par les conseils de régence dans les cercles allemands qui correspondent à nos préfectures.

Enfin, pour rendre les modifications plus fécondes, l'application stricte des règles de procédure qui existent devrait être formellement exigée. Une de ces règles très-importantes a établi que les rapports doivent être *écrits* et transmis avec les dossiers au commissaire du gouvernement, afin de lui permettre d'étudier pièces en mains et de préparer ses conclusions. Mais de nombreuses et habituelles infractions sont faites sur ce point par les conseillers de préfecture. L'exécution rigoureuse de cette règle est indispensable pour l'autorité des décisions contentieuses des conseils.

Quoi qu'il en soit, les critiques que nous avons cru devoir adresser à l'institution des conseils de préfecture ne frappent en aucune façon le principe même de la juridiction administrative. Tout le contentieux administratif, en effet, n'appartient pas aux conseils de préfecture; nous avons vu que sur les quatorze ou quinze matières dont ils sont juges la moitié au moins n'ont aucun rapport avec la séparation des pouvoirs et l'on sait qu'une partie seulement des contestations administratives leur sont déférées; ce sont celles spécialement désignées par la loi. Quant aux autres, à l'ensemble tout entier du contentieux, il reste devant l'administration. C'est elle qui le juge en suivant la voie hiérarchique et les réclamations remontant, degré par degré, jusqu'au ministre, arrivent devant le Conseil d'État, juge en dernier ressort de tout le contentieux.

En admettant même la suppression des conseils de préfec-

Digitized by Google

ture, la juridiction administrative dont l'utilité, la nécessité est évidente, subsisterait donc toujours. Les particuliers jouiraient comme par le passé, du recours en dernier ressort devant le Conseil d'État; ils conserveraient le bénéfice de cette juridiction si équitable, si modérée, si peu coûteuse relativement et souvent si favorable à l'intérêt privé. La compétence de ce tribunal se trouverait un peu restreinte, en perdant l'appel des décisions des conseils de préfecture, mais il demeurerait investi des plus hautes et des plus puissantes attributions, le recours pour excès de pouvoir, pour violation de la loi, pour incompétence, et il resterait avant tout le modérateur et le régulateur souverain de l'administration entière. Bien loin de combattre cette juridiction dans ce qu'elle a de réellement conforme à la séparation des pouvoirs, nous aimons à en reconnaître ici les avantages, afin d'éviter toute équivoque.

Une réforme dans les limites que nous avons indiquées peut suffire; plus radicale, elle nuirait aux intérêts privés plus encore qu'à l'omnipotence administrative contre laquelle le coup est dirigé. Le législateur tranchera la question. Pour nous, notre but a été de grouper les différents arguments, de montrer la nature des attributions des conseils de préfecture, et de chercher les modifications dont chacune d'elles est susceptible, tout en laissant aux plus autorisés le soin de prendre un parti. Là se borne notre rôle.

L'esprit libéral et prudent dont l'Assemblée a donné tant de preuves nous garantit qu'aucune décision ne sera prise à la légère. Nous avons donc lieu d'espérer que la solution qu'elle adoptera, sera la plus conforme aux véritables intérêts de l'administration et la plus avantageuse pour les administrés.

LOUIS MILCENT.

Digitized by Google

PREMIER CONGRÈS JURIDIQUE ITALIEN.

CONVOCATION, SUJETS DE DISCUSSION, RÈGLEMENT PROVISOIRE.

Par M. Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy.

Un premier congrès juridique italien est convoqué à Rome pour le 15 mai prochain. Cette date a été fixée dans une réunion générale du Comité promoteur [1] tenue à Rome le 3 février dernier. Malgré le peu de temps qui se trouvait ainsi accordé pour la préparation des travaux du congrès, les membres du Comité promoteur ont pensé qu'il importait de ne pas renvoyer la convocation à une époque ultérieure, les questions à discuter dans le congrès faisant déjà l'objet de propositions de loi portées devant les Chambres.

Dans cette même réunion le Comité promoteur discuta et approuva les sujets de discussions, choisit pour chacun une ou deux commissions chargées de faire rapport au congrès, et nomma une commission de neuf membres pour organiser le congrès[2]. Cette commission fit immédiatement appel au concours de tous les Italiens s'occupant de la théorie ou de la pratique du droit, par une circulaire du 6 février, où tous sont invités à envoyer avant le 15 avril leurs observations, monographies ou écrits quelconques sur les sujets choisis. Les divers travaux doivent être remis aux commissions chargées des rapports spéciaux. La commission d'organisation arrêta un règlement provisoire, qui me semble offrir assez

[1] Voici les noms des vingt-quatre membres du Comité promoteur tels qu'ils se trouvent à la suite du texte des sujets choisis : MM. G. Marchetti, avocat, président; G. Piacentini-Rinaldi, G. Panattoni, sénateurs; G. Piroli, conseiller d'État; P. S. Mancini, P. Pericoli, A. Camerini, comte L. Pianciani, comte L. Samminiatelli, députés; A. Pierantoni, O. Regnoli, F. Serafini, E. Pacifici-Mazzoni, F. Fiorgentili, professeurs; O. Cecaro, F. M. Des Jardins, A. Cataldi, P. Venturi, C. Palomba, A. Bencivenga, L. Alibrandi, A. Bussolini, G. Florenzano, B. Ferrantini, avocats; ces deux derniers, secrétaires.

[2] Cette commission se compose de MM. Gius. Marchetti, président; Gius. Panattoni, sénateur; Franc. Restelli, vice-président de la Chambre des députés; P. S. Mancini et P. Pericoli, députés; Giov. Florenzano, L. Alibrandi, Al. Bussolini, Ben. Ferrentini, secrétaire.— Son siége est à Rome au Circolo Legale Romano, via del Leone, 13.

Digitized by Google

d'intérêt pour que j'en donne ici le texte, précédé de celui des questions choisies pour la discussion dans le congrès.

SUJETS DE DISCUSSIONS DU CONGRÈS.

1° Système des peines dans le projet du nouveau code pénal italien; examen particulier du problème de l'abolition de la peine de mort et des peines perpétuelles. — Peines qui pourraient les remplacer.

Commission: P. S. Mancini, professeur de droit international, *Rome*; président, Aug. Pierantoni professeur, *Naples*; Gius Piroli, *Parme*; Fr. Carrara, professeur de droit pénal, *Pise*; Raff. Marchetti, avocat, *Rome*; Dom. Giuriati, avocat, *Venise*; Bart. Benvenuti, avocat, *Milan*; Rob. Savarese, avocat, *Naples*.

2° Rechercher les moyens de rendre plus rapide la procédure pénale, tout en conciliant le respect de la liberté individuelle et la garantie de l'ordre social.

Étudier notamment les imperfections de l'organisation actuelle et des rapports qui existent entre le magistrat instructeur et la chambre du conseil; pourrait-on, et dans quelle mesure, introduire dans la période de l'instruction préparatoire les garanties du débat oral et contradictoire?

Commission: Fr.-Ant. Casella, avocat, *Naples*; président; Léop. Tarantini, Giov. Florenzano, avocats, *Naples*; Ott. Cecaro, avocat, *Capoue*; Carl. Palomba, avocat, *Rome*; Giul. Guastalla, avocat, *Milan*; Ant. Oliva, avocat, *Rome*; Fr. Crispi, avocat, *Florence*.

3° Du jury en matière pénale: ses conditions actuelles, améliorations et réformes qui pourraient y être apportées de manière à concilier la pensée libérale et politique de cette institution avec les garanties d'une justice impartiale et éclairée.

Commission: Gius. Pisanelli, avocat, *Naples*; président; Nic. Amore, avocat, *Naples*; Tom. Villa, avocat, *Turin*; Leon. Busi, avocat, *Bologne*; Genn. Defilippo, avocat, *Naples*; Enr. Pessina, professeur de droit pénal, *Naples*; Ces. Cabella, professeur de code civil, *Gênes*; Franc. Andreucci, avocat, *Florence*; Paol. Cortese, *Naples*.

4° Proposer les réformes que, d'après l'expérience faite

Digitized by Google

depuis 1865 jusqu'à présent, il semble le plus nécessaire d'apporter dans le code de procédure civile italien, en tenant compte des divers systèmes en vigueur dans les anciens États, et en donnant la préférence à ceux qui imposent aux plaideurs le moins de soucis et le moins de frais pour la garantie de leurs droits.

Première commission : Vinc. di Marco, avocat, *Palerme*; Ang. Camerini, avocat, *Aquila*; Teod. Soria, avocat, *Trani*; J. B. Varè, avocat, *Turin*; C. Fred. Spantigati, avocat, *Turin*; T. Orsini, professeur, *Gênes*; Gius. Buniva, professeur de code civil, *Turin*; Carl. Negroni, avocat, *Novare*.

Seconde commission : Gius. Marchetti, avocat, *Rome*, président; Fel. M. Des Jardins, avocat, *Rome*; Emid. Pacifici-Mazzoni, professeur de code civil, *Rome*; Dom. Durante-Valentini, avocat, *Rome*; Ag. Pagnoncelli, avocat, *Rome*; Ben. Ferrantini, avocat, *Rome*.

5° Exercice de la profession d'avocat et d'avoué, sa nécessité; examen des traditions italiennes et des exemples fournis par l'étranger. — Révision des tarifs judiciaires en vigueur en Italie, étude des nouveaux projets ministériels sur cette matière, tant au point de vue des droits du fisc qu'en ce qui concerne les officiers de justice.

Commission : Pietr. Pericoli, avocat, *Rome*, président; Ant. Mosca, avocat, *Milan*; Aug. Cataldi, avocat, *Rome*; Franc. Fulvio, avocat, *Naples*; Ces. Norsa, avocat, *Milan*; Gius. Calucci, avocat, *Venise*; Ambr. Apollari, avocat, *Catanzaro*; Enr. Morelli, avocat, *Aquila*.

6° Rechercher les règles qui pourraient être adoptées pour remédier aux abus auxquels a donné lieu la loi provisoire du 15 novembre 1859, sur les conflits de juridiction entre le pouvoir administratif et le pouvoir judiciaire.

Commission : P. S.-Mancini, *Rome*, président; Gius. Mantellini, avocat, *Florence*; Gius. Gadda, *Rome*; Gius. Saredo, professeur de droit administratif, *Rome*; Fel. M. Des Jardins, avocat, *Rome*; Od. Lucchini, avocat, *Florence*; Aless. Bussolini, avocat, *Rome*; P.-Em. Imbriani, professeur de droit constitutionnel, *Naples*.

7° Réformes les plus urgentes à apporter dans l'organisation judiciaire actuelle de l'Italie. — Examiner s'il convient de conserver ou de modifier l'institution du ministère public en

Digitized by Google

matière civile et pénale. — Discuter sur l'établissement d'une cour de cassation unique, ainsi que sur les motifs de préférer soit cette institution, soit celle de la troisième instance, et sur les systèmes qui les admettraient l'une et l'autre avec des attributions diverses.

Première commission : Urb. Rattazzi, *Naples*, président; Gius. Panattoni, sénateur, *Florence ;* Luig. Samminiatelli, avocat, *Florence ;* C.-Franc. Gabba, professeur de philosophie du droit, *Pise ;* Fil. Serafini, professeur de droit romain, *Rome;* Giov. Carcano, avocat, *Milan ;* Gius. Ceneri, avocat, *Bologne;* Franc. de Marco, avocat, *Naples;* Enr. Castellano, avocat, *Naples;* Franc. Restelli, vice-président de la Chambre des députés, avocat, *Milan;* Adr. Mari, avocat, *Florence.*

Deuxième commission : Gius. Piacentini-Rinaldi, sénateur, *Rome*, président; Aug. Cataldi, avocat, *Rome ;* Gius. Marchetti, avocat, *Rome;* Aless. Bencivénga-Barbaro, avocat, *Rome ;* Luig. Alibrandi, avocat, *Rome*; Luig. Pianciani, avocat, *Rome;* Or. Regnoli, professeur de code civil, *Bologne;* Pietr. Venturi, avocat, *Rome ;* Franc. Fiorgentili, professeur de droit romain et de code civil, *Camerino.*

RÈGLEMENT PROVISOIRE,

arrêté par la commission d'organisation.

TITRE 1er. — DU PREMIER CONGRÈS JURIDIQUE ITALIEN ET DE SON BUT.

Art. 1er. — Un premier congrès juridique italien est convoqué à Rome pour le 15 mai prochain.

Art. 2. — Le but du congrès consiste : 1° à discuter en réunion générale des membres présents après études préparatoires, les questions de droit proposées à l'examen, afin d'établir un échange d'idées entre les hommes voués aux mêmes études et aux mêmes professions et d'affirmer sur les questions choisies l'opinion publique de personnes compétentes ; 2° à fonder cette institution en soumettant à la sanction de l'assemblée générale un statut qui règle les réunions successives et détermine les attributions d'une représentation permanente pendant les intervalles d'un congrès à un autre.

Digitized by Google

TITRE II. — DU DROIT D'ASSISTER ET DE PARTICIPER AU CONGRÈS.

Art. 3. — Ont droit d'assister et de participer au congrès :

1° Les membres du comité promoteur;

2° Les professeurs de droit, officiels ou libres;

3° Les magistrats judiciaires et les membres du ministère public;

4° Les écrivains en matière de législation et de jurisprudence;

5° Ceux qui seront admis ou invités au congrès par les comités locaux à constituer dans les villes où siégent des cours d'appel;

6° Ceux qui seront directement invités par la commission d'organisation.

Art. 4. — Les personnes comprises dans l'énumération ci-dessus, qui exprimeront d'une manière quelconque leur désir de participer au congrès, recevront communication des sujets choisis pour la discussion, et dans le cas où elles voudraient présenter au congrès des monographies ou d'autres travaux publiés ou manuscrits, elles devraient les adresser au président de la commission d'organisation avant le 15 avril prochain.

Art. 5. — Les jurisconsultes étrangers seront invités par la voie de la presse à assister au congrès, mais ils n'auront pas voix délibérative.

TITRE III. — DE LA COMMISSION D'ORGANISATION.

Art. 5 (*sic*). — La commission d'organisation composée de neuf membres, y compris le président et un secrétaire, prend toutes les mesures relatives à la convocation et à la marche du congrès.

Art. 6. — Elle nomme dans toutes les villes siéges de cours d'appel un comité de cinq membres chargé d'admettre et d'inviter au congrès ceux qui exercent près les tribunaux du ressort, ainsi que de provoquer et de réunir les travaux imprimés ou manuscrits que leurs auteurs voudraient envoyer aux commissions chargées des études préparatoires au congrès.

Digitized by Google

Art. 7. — Elle invite directement au congrès les autres jurisconsultes dont elle juge la participation opportune.

Art. 8. — Elle nomme une commission de cinq membres au moins, outre le président, pour chaque sujet à discuter dans le congrès ; elle remet à cette commission tous les documents qui lui parviennent relativement auxdits sujets et provoque le rapport à présenter au congrès.

Art. 9. — Elle prend les mesures nécessaires pour les locaux et leur appropriation, pour la rétribution d'un personnel pendant le congrès, et pour toutes les publications à faire : elle pourvoit aux dépenses, et a le maniement des fonds. Le congrès devant se suffire à lui-même, elle perçoit une contribution de 20 lires à payer par les membres du congrès.

Art. 10. — Dans le cas où, par une cause quelconque, le congrès ne pourrait s'ouvrir au jour fixé, elle fixe le jour d'une nouvelle convocation.

Art. 11. — Elle pourvoit à la discipline du congrès jusqu'à la nomination du bureau définitif, et délivre les cartes d'entrée à ceux qui veulent assister ou participer au congrès, conformément aux dispositions du titre II.

Art. 12. — Les attributions de la commission d'organisation prennent fin, quant à la partie disciplinaire, par la nomination du bureau définitif, et quant à la partie administrative, le jour où sera mis en vigueur le statut des congrès que l'assemblée générale aura à approuver, comme il est dit article 1er, § 2. Le projet dudit statut doit être présenté par la commission d'organisation.

TITRE IV. — DES COMMISSIONS D'ÉTUDES PRÉPARATOIRES.

Art. 13. — Chaque commission chargée des études préparatoires pour le congrès recevra communication, par les soins de la présidence de la commission d'organisation, des sujets confiés à ses études et de tous les travaux imprimés ou manuscrits sur ces sujets présentés par leurs auteurs, directement ou par l'intermédiaire des comités locaux antérieurement au 15 avril. Les commissions n'auront point égard, dans leurs travaux, aux mémoires qui seraient transmis après cette époque.

Art. 14. — La commission rédigera un mémoire contenant

Digitized by Google

sommairement le résumé historique de la question et l'exposition tant des diverses législations comparées, que des opinions développées dans les monographies ou mémoires qui lui auront été remis. Elle y joindra des conclusions et formulera les propositions à soumettre au congrès, en indiquant l'opinion à laquelle elle incline, avec les raisons qui l'y ont déterminée.

Art. 15. — Ce travail, que le rapporteur de la commission devra faire avec toute la sobriété possible, sera remis, avant le 1er mai, à la présidence de la commission d'organisation, qui le fera imprimer pour le distribuer à l'assemblée générale, après que lecture en aura été faite dans cette assemblée.

Art. 16. — La commission, quand viendra la discussion de son sujet, prendra place au banc des commissions dans l'assemblée générale; la discussion s'ouvrira par la lecture du mémoire que fera le rapporteur; la commission défendra ses propositions et donnera les éclaircissements qu'il y aura lieu de fournir.

Art. 17. — Le mandat de la commission prend fin dès que commence, au sein de l'assemblée, la délibération sur le sujet qui lui a été confié.

Art. 18. — Dans le cas où, par une circonstance extraordinaire, la commission ne pourrait faire un rapport écrit, elle fera un rapport verbal.

Titre V. — De l'assemblée générale.

Art. 19. — Dans sa première réunion, après le discours d'ouverture et le rapport de la commission d'organisation, l'assemblée générale procédera à la nomination d'un bureau définitif.

Art. 20. — Le bureau sera ainsi composé : un président, quatre vice-présidents, quatre secrétaires.

Art. 21. — L'assemblée générale sera ouverte pour quinze jours, non compris celui de la séance d'ouverture.

Art. 22. — Le congrès pourra se diviser en sections, pour mieux étudier, s'il y a lieu, des matières spéciales, mais les votes définitifs sur chaque sujet ne pourront être émis qu'en assemblée générale.

Digitized by Google

Art. 23. — Les matières à traiter dans le congrès ne peuvent être que celles que le comité promoteur a acceptées; les propositions d'autres sujets que feraient les membres présents seront prises en considération pour les congrès futurs.

Art. 24. — L'ordre du jour sera fixé par la présidence, indépendamment de l'ordre des sujets proposés.

Art. 25. — Le projet de statut des congrès juridiques sera présenté par la commission d'organisation dans la première réunion de l'assemblée générale, et sera remis à une commission spéciale que nommera le congrès.

Art. 26. — Après le rapport de ladite commission, s'ouvrira la discussion sur le statut, qui devra être approuvé avant que le congrès se sépare.

TITRE VI. — FORME DE LA DISCUSSION ET DE LA DÉLIBÉRATION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE.

Art. 27. — Le président de l'assemblée générale, après avoir fait connaître le sujet mis en discussion, invitera le rapporteur de la commission à lire son rapport; après quoi, il déclarera la discussion ouverte.

Art. 28. — Les orateurs se feront inscrire à la présidence qui, pour donner la parole, suivra l'ordre d'inscription, sauf exception dans les cas où il serait opportun que des opinions contraires soient immédiatement rapprochées.

Art. 29. — Aucun orateur ne pourra parler au delà de quinze minutes.

Art. 30. — Les autres règles de la discussion seront celles que l'on suit dans les assemblées du même genre.

Art. 31. — La discussion close, on mettra aux voix les propositions de la commission et les amendements, s'il s'en est produit.

Art. 32. — Les délibérations ont lieu à la majorité des voix, par assis et levé.

Art. 33. — Le congrès peut ne pas voter sur un sujet et le renvoyer à la commission pour des études ultérieures, en la chargeant de faire un rapport dans un prochain congrès; il peut aussi fixer une récompense à décerner à la meilleure monographie qui, dans l'intervalle d'un congrès à un autre,

Digitized by Google

serait publiée sur un sujet à propos duquel le congrès n'aurait point encore voulu se prononcer.

Art. 34. — Procès-verbal sommaire des réunions de l'assemblée sera dressé par les secrétaires; les discussions orales, sténographiées, seront conservées pour la collection des actes du congrès.

Dans la dernière séance du congrès, on fixera le lieu de la réunion du congrès suivant.

Titre VII. — Publications des actes du congrès.

Art. 35. — Dans le plus bref délai après la clôture du congrès, ses actes seront publiés en un volume, où seront insérés les actes préparatoires de Turin, de Florence, de Naples et de Rome, les actes du congrès réuni à Rome et le statut définitif de cette importante institution.

Ernest DUBOIS.

BIBLIOGRAPHIE.

ÉTATS-GÉNÉRAUX.

1355-1614.

LEUR INFLUENCE SUR LE GOUVERNEMENT ET LA LÉGISLATION DU PAYS.

Par M. Arthur Desjardins,
premier avocat général à Aix, docteur ès lettres, docteur en droit,
travail couronné par l'Académie des sciences morales et politiques[1].

Compte rendu par M. Gabriel Debacq,
docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Il est des peuples, ce ne sont pas les moins éclairés, ni les moins libres, qui ont le culte du souvenir, qui se servent du passé pour préparer l'avenir. Il en est d'autres aussi qui se soucient fort peu des leçons de l'expérience

[1] Un vol. in-8°. Paris, Durand et Pedone-Lauriel, éditeurs, 1871.

Digitized by Google

et où, volontiers, chacun date l'histoire du jour de sa naissance. Nous sommes malheureusement de ce nombre. Combien de gens parmi nous qui pensent de bonne foi que la science, la dignité du caractère, le souci des intérêts du peuple, l'intelligence du progrès sont choses inventées de nos jours. Combien négligent de lire Boisguilbert et Vauban, ou relèguent bien loin le discours de la servitude volontaire par cela seul que la dîme royale est œuvre de l'ancien régime et que la Boétie n'a pu, avant d'écrire, méditer les œuvres de Proudhon. N'en déplaise à nos contemporains, il n'y a pas, entre l'ancien régime et le nouveau, tant de différences qu'il nous soit permis de professer un si profond mépris pour les siècles passés. Nos pères ont eu, entre autres honneurs, celui de préparer 89, et, tout considéré, c'est à eux que nous devons d'être ce que nous sommes. Il y avait avant la Révolution d'innombrables, d'insupportables abus. C'est une vérité incontestable : mais tout n'était pas également mauvais. Non, la France d'avant la révolution n'était pas tout entière abjection et despotisme. A mesure qu'on étudie plus sérieusement les vieilles annales de notre pays on comprend combien est injuste le dédain que la France nouvelle, ou se disant telle, accuse contre ses aïeux.

Ce dédain s'explique d'ailleurs. La plupart des Français pour lesquels l'histoire nationale n'est pas absolument lettre close (et c'est le petit nombre), ne connaissent guère que l'histoire de convention ; l'histoire comme l'entendent les programmes d'enseignement, cette histoire qui croit avoir complétement rempli son but quand elle a dit que Charles VI épousa Isabeau de Bavière, que François Ier fut vainqueur à Marignan et battu à Pavie, que Louis XIV régna glorieusement quelque soixante-dix ans, qu'il monta sur le trône en 1643, et descendit en 1715 dans les caveaux de Saint-Denis.

Il se fait heureusement contre ces procédés historiques une énergique réaction. La voie a été tracée, il y a quarante ans, par les Guizot, les Augustin Thierry. Derrière ces éminents créateurs de la nouvelle science, les disciples se pressent chaque jour plus nombreux. La vieille France, mieux connue, reprend son véritable caractère. Si nos aïeux sont encore les « sujets » des Valois et des Bourbons, ils rede-

Digitized by Google

viennent aussi les citoyens de ce pays de « France, » ainsi nommé parce qu'il « était terre de franchise. »

Parmi les publications récentes qui font le mieux comprendre l'influence effective que la nation avait, au moins jusqu'aux premiers Bourbons, conservé sur ses propres destinées, est l'étude de M. Desjardins, premier avocat général à Aix, sur les États généraux, leur influence sur le gouvernement et la législation du pays.

Il est presque superflu de dire que le livre dont nous parlons a été couronné par l'Académie des sciences morales et politiques. Il en est ainsi, ou peu s'en faut, de tous les travaux publiés par M. Desjardins. Ainsi que l'indique le titre qu'il a choisi, l'auteur recherche patiemment la trace de l'influence que les États généraux exercèrent sur la législation du pays. Il établit, d'une façon péremptoire, que cette influence a été infiniment plus considérable qu'on ne le croit généralement : qu'à l'époque même où la royauté absolue paraissait le mieux assise, en 1614, par exemple, les États, le tiers surtout, réussirent à faire prévaloir, en maintes matières sinon la volonté, le mot serait inexact, du moins les vœux du pays.

Si les États n'ont pu toujours conserver le grand rôle qu'ils avaient de haute lutte conquis en 1355, s'ils n'ont pu rester les véritables maîtres de la France, ils n'ont jamais été non plus les valets du souverain. Ils ont été respectueux, jamais serviles : et la royauté a rendu à leur indépendance, en ne les convoquant point pendant cent soixante ans, le plus complet et le moins contestable des témoignages.

Les États n'ont point eu à chaque session, pour diriger leurs travaux, des hommes comme Marcel, comme Lecoq, mais en 1614 même ils comptaient dans leurs rangs des hommes comme Savaron ou comme Richelieu.

Les États de 1356 ont essayé de fonder en France la monarchie parlementaire. Moins heureux, mais dignes encore des sympathies nationales, ceux de 1560, de 1576, inspiraient les ordonnances d'Orléans, de Blois, de Moulins; ceux de 1614, le Code Michaud. C'est à eux qu'il faut attribuer l'initiative de la plupart des réformes utiles réalisées jusqu'en 1640 dans l'ensemble du droit politique français, du droit administratif, du droit civil proprement dit, le redressement

Digitized by Google

de nombreux abus que les Parlements, qui en profitaient, défendaient énergiquement.

Quelque considérable qu'ait été l'influence des États sur la législation du pays ce serait se montrer souverainement injuste au regard de ces grandes Assemblées nationales que de s'inquiéter seulement du bien qu'elles ont fait, sans tenir compte aussi du bien qu'elles voulaient faire et qu'elles furent impuissantes à réaliser. Par delà leurs actes il faut rechercher leurs intentions : recherche intéressante car elle seule peut donner la mesure du développement de l'esprit public en France pendant l'ancien régime.

M. Desjardins a analysé avec beaucoup de soin les cahiers des différents ordres. On est surpris, en parcourant ce résumé, des qualités politiques et administratives qui distinguaient non-seulement les députés aux États, mais les électeurs qui les y envoyaient. On retrouve, dans ces cahiers, nettement posés, souvent discutés et résolus de la façon la plus remarquable la plupart des grandes questions qui agitent aujourd'hui encore nos assemblées délibérantes. La lecture de ces cahiers fait tomber bien des préjugés. Ainsi, par exemple, cette noblesse de l'ancien régime que l'on se plait à dénoncer comme l'ennemie de tout progrès, qui, cantonnée dans ses priviléges, n'a jamais rien fait, dit-on, qu'en défendre vigoureusement les approches, et maintenir le petit peuple dans un état de dépendance voisin du servage, voici ce qu'elle demande aux États de 1560 : « Une école dans chaque ville et dans chaque village, entretenue aux frais du clergé, où les parents devront envoyer leurs enfants sous peine d'amende. » C'est, ou nous nous abusons étrangement, l'instruction gratuite et obligatoire... l'instruction gratuite et obligatoire proposée au XVIe siècle par la noblesse, en avance de trois cents ans, sur le gouvernement d'aujourd'hui. Les partisans de cette réforme ne font donc que suivre la voie tracée par les vieux gentilshommes de la Bourgogne et de la Champagne.

S'il est une question qui préoccupe à juste titre la société française contemporaine, c'est celle de l'organisation militaire. Le service militaire doit-il être obligatoire pour tous? Plus de priviléges, s'écrie-t-on unanimement aujourd'hui, égalité pour tout le monde, que chacun quelle que soit sa

Digitized by Google

position sociale ou sa fortune soit tenu de servir en personne. Soit. Mais en 1356, il y a cinq cents ans et plus, les États prétendirent aussi obliger tous les Français sans distinction de caste à s'armer selon leur état. Tous devaient également coopérer à la défense de la patrie commune.

Deux siècles plus tard, les cahiers faisaient remarquer qu'il s'était, en l'état militaire, glissé de nombreux abus; qu'ainsi il arrivait que de nobles hommes qui devaient le service au roi, se faisaient, lorsqu'il s'agissait d'aller en guerre, remplacer par gens peu capables souvent de supporter les fatigues d'une campagne. Le service militaire est personnel, disent les cahiers; qu'à l'avenir nul ne puisse se faire remplacer si ce n'est dans le cas où des infirmités physiques le mettent hors d'état de porter les armes.

Si donc l'Assemblée nationale venait à poser, comme on le lui demande, peut-être à tort, le principe du service militaire personnel et obligatoire, elle ne ferait que réaliser une réforme réclamée énergiquement par les cahiers des États généraux, c'est-à-dire revenir à l'ancien régime.

Il faut, dit-on, supprimer le favoritisme, ne point admettre, par exemple dans l'armée, de ces avancements fantastiques qui donnent aux soldats de mauvais chefs et les découragent en les obligeant à obéir à des hommes qu'ils jugent incapables de commander. Rien de mieux, mais en 1576 les cahiers du tiers état demandent: « que nul ne soit homme d'armes, s'il n'a commencé par être archer. » Le cahier du clergé, ceci est intéressant, il s'agit d'un ordre privilégié, renchérit sur ce vœu du tiers état; il veut que nul ne soit archer, s'il n'a été soldat faisant faction de guerre dans une compagnie de gens de pied.

Il est impossible de formuler un vœu plus démocratique. Les publicistes qui réclament la suppression des écoles spéciales où les riches seuls peuvent se faire admettre, et veulent faire prévaloir l'obligation pour tous d'entrer dans le rang en qualité de simple soldat, ne font donc que répéter ce que disaient, longtemps avant eux, les évêques, les abbés, les curés de l'ancien régime.

La réforme de l'organisation judiciaire préoccupe aujourd'hui, et avec beaucoup de raison, les esprits sérieux. De

Digitized by Google

quelle façon assurer l'indépendance du juge? Comment recruter les tribunaux, empêcher que la protection ne tienne la place du mérite? L'école démocratique radicale a, elle le prétend du moins, un moyen infaillible de créer une magistrature à la fois indépendante et éclairée : ce moyen, c'est l'élection du juge. Le procédé est-il bon, est-il mauvais? En tous cas il n'est pas nouveau, c'est celui de la noblesse de l'ancien régime. Il y a trois cent cinquante ans le cahier de l'ordre de la noblesse aux États généraux, pour remédier aux nombreux abus qui se manifestaient dans le recrutement des tribunaux d'alors, propose que les juges inférieurs soient élus par une assemblée de magistrats, d'avocats, de procureurs, avec adjonction de quatre gentilshommes du bailliage.

Les maires et les adjoints des villes doivent-ils être choisis par les habitants ou nommés par le pouvoir? C'est une grosse question qui divise en ce moment les meilleurs esprits. Le cahier du tiers état aux États de 1576 l'examine avec beaucoup de soin, il conclut en faveur du principe de l'élection. Il veut que le droit de choisir le maire et les échevins soit attribué aux villes qui ne jouissent pas encore de cette faculté.

L'augmentation de la population des grandes villes, le dépeuplement des campagnes éveillent avec raison la sollicitude des assemblées contemporaines. A quels motifs attribuer ce dépeuplement? A bien des causes sans doute; mais il en est une surtout que les économistes signalent. Les grands propriétaires abandonnent leurs domaines, laissent à des régisseurs le soin de les diriger et viennent dans les grandes villes, à Paris surtout, gaspiller en dépenses inutiles de grosses sommes qui, employées dans les districts ruraux en travaux d'amélioration, porteraient plus de profit au pays. C'est là une tendance contre laquelle il faut réagir. C'est aussi l'avis du tiers état, en 1577 : les députés aux États se préoccupent vivement de l'abandon dans lequel les grands propriétaires laissent les campagnes.

« Au lieu, disent-ils, qu'anciennement et jusqu'au règne de feu roi votre aïeul les seigneurs du royaume n'avaient accoutumé de vous suivre qu'à la guerre ou s'ils étaient mandés par vous, auquel cas ils ne séjournaient que tant que vous aviez besoin d'eux, et n'y venaient jamais les grandes dames de

Digitized by Google

France, sinon quand elles étaient mandées à quelque entrée ou acte solennel, par le moyen de quoi il y avait en chaque province de grands seigneurs résidants, qui contenaient le pays, empêchaient les émotions..., vous donnaient avis de ce qui se faisait en leur province...; et quant auxdites dames, elles avaient leur maison réglée en toute discipline... : les filles de la noblesse étaient nourries en toute vertu... A présent la noblesse tant grande que petite veut être à votre suite... par le moyen de quoi votre cour est si grande et remplie de tant de gens qu'elle est insupportable... et vient finalement à la foule de votre État et retombe sur le pauvre peuple... »

Ne croirait-on pas entendre la lecture d'un amendement de la gauche au projet d'adresse, à l'une des dernières sessions de l'empire?

Le pays est à bout de ressources. Il faut lui en procurer, par quels moyens? L'école radicale propose la vente des biens du clergé. Ces biens appartiennent à la nation que des manœuvres condamnables en a privée, ils doivent faire retour au pays qui en appliquera le prix à quelque utile entreprise. Respecter les biens du clergé, n'est-ce pas une idée de l'ancien régime? En effet... en 1561 le cahier du tiers état demande au roi de faire vendre au plus offrant et dernier enchérisseur les héritages, maisons, jardins, places et autres pourpris des bâtiments appartenant aux ecclésiastiques. « Si, après la vente de ces biens, ces ecclésiastiques ne peuvent plus vivre, eh bien, c'est l'avis du tiers, ils travailleront. »

Ainsi les procédés recommandés par *le Mot d'ordre* ne sont que des emprunts faits par lui à l'ancien régime, « assez ignorant et superstitieux, tout le monde le sait, pour respecter les biens des prêtres. »

Voici les États de 1356 qui discutent le point de savoir s'il vaut mieux recourir, pour faire face aux dépenses de la défense nationale, aux taxes indirectes frappant des objets de consommation ou à l'impôt sur le revenu. Les États adoptent le principe de l'impôt sur le revenu qui n'a pas, comme l'impôt de consommation, l'inconvénient de peser surtout sur l'ouvrier.

Voilà un cahier qui déplore les coupes imprudentes que l'on fait chaque année dans les forêts royales; les forêts con-

Digitized by Google

stituent un capital qu'il faut ménager. Il faut interdire toute vente, toute coupe extraordinaire de bois. Sommes-nous en 1867 au Corps législatif? Nous sommes aux États généraux de 1577.

Toutes les grandes questions administratives, économiques sont abordées par les députés aux États avec une netteté de vues qui leur fait grand honneur. Et ce qu'il est intéressant de noter, ce ne sont pas seulement les députés aux États qui s'occupent avec insistance de ces grands problèmes que nous venons, tout à l'heure, d'indiquer, ce sont en même temps qu'eux les plus humbles sujets du royaume, les membres des plus modestes corporations, qui au lieu de se confiner, comme on le croit trop souvent, dans les petites affaires de leur métier discutent les réformes qu'ils croient urgent d'introduire dans le gouvernement de l'État, le régime militaire, économique, administratif du pays. Les députés aux États ne sont que les porte-paroles de leurs électeurs. Ceux-ci tracent à leurs mandataires la voie que ces derniers devront suivre. Ils rédigent eux-mêmes, après délibération, des cahiers dans lesquels ils expriment avec la plus complète indépendance, leurs désirs et leurs idées sur toutes choses. Les bourgeois de Toulouse regrettent que les juges ne soient point impartiaux; ce qui ne les étonne guères, car, disent les bourgeois, « si les juges ne faisaient la volonté de leurs maîtres, seraient destitués à plaisir. » Ces Toulousains proposent hardiment l'élection. Les maçons de Troyes disent dans leurs cahiers, « qu'il faut retrancher les officiers du roy au fur qu'ils meurent. » Les maçons ne sont pas des flatteurs; « il faut réduire, disent-ils, ces officiers au tiers, pour les larcins qu'ils commettent. »

Dans toutes les autres provinces de France les corporations ouvrières s'inquiètent également de réformer l'organisation judiciaire.

Ce ne sont pas des utopies qu'elles poursuivent, ce sont des questions sérieuses qu'elles entendent examiner sérieusement.

Ainsi, par exemple, les corps d'état de la ville de Troyes réclament le redressement des abus qui se sont manifestés dans l'administration de la justice. Ils se gardent bien de formuler des critiques vagues, de ces diatribes plus ou moins

Digitized by Google

fondées contre l'ordre social, comme il est de mode aujourd'hui. Leurs critiques sont intelligentes, elles viennent de gens qui ont étudié à fond les questions graves dont ils s'occupent. Ce sont des gens réfléchis, des esprits éminemment pratiques. Les courtepointiers, les tapissiers, les maçons et tailleurs de pierre, croyant devoir « signaler les fautes commises par les magistrats en exercice, » font remarquer que le juge ne peut être considéré comme « juste », s'il a un intérêt quelconque dans la solution du procès qu'il juge; et en conséquence, demandent que « on cesse dorénavant d'affermer les amendes, des magistrats ne rougissant pas de se faire attribuer cette ferme. » (1576.)

Les tapissiers de Beauvais estiment que la variété des juridictions est fatale au bon ordre, ils demandent que la justice soit une.

Les orfévres de Beauvais considèrent que le commerce est grandement incommodé par la variété des poids et mesures qui en France changent à chaque pas. Trois cents ans avant la révolution ils demandent l'unité des poids et mesures.

D'autres corporations s'effrayent de voir l'argent français, si utile au commerce national, s'en aller, au lieu d'être employé à d'utiles travaux dans l'intérieur du pays, par delà les frontières, pour le plus grand bien des Italiens ou des Flamands; elles discutent les moyens à prendre pour empêcher ce danger : elles en proposent qui ne sont pas tous bons, c'est incontestable, par exemple, l'expulsion des banquiers étrangers; mais les cahiers qu'elles rédigent, les opinions qu'elles émettent sur cette question n'en sont pas moins dignes d'attention.

Des pourpointiers, des brodeurs se demandent s'il ne serait pas intéressant de prohiber l'importation des marchandises étrangères, ou l'exportation des marchandises françaises. Les pauvres gens pourraient s'habiller à meilleur compte si la laine, les fils, les chanvres ne pouvaient être exportés. Ne faut-il pas aussi pour le bien de tous fixer un prix maximum aux marchandises de première nécessité? D'autres métiers abordent la question du prêt à intérêt, l'examinent à fond, demandent des lois contre l'usure, des règlements sur le prêt.

Digitized by Google

Les teinturiers de Beauvais, en 1576, signalent la mauvaise organisation de l'armée, ils veulent que la royauté ne recoure plus aux mercenaires étrangers, qu'elle se confie au patriotisme d'une armée nationale, qu'elle fasse recruter les soldats par la province elle-même.

Les corporations ouvrières ne sont pas seules à s'occuper de toutes ces grandes questions de politique ou d'administration, les populations rurales s'en inquiètent aussi. Le petit village de Blaigny demande qu'à l'avenir les prêtres soient élus. D'autres districts s'occupent du luxe, en signalent les effets désastreux au point de vue de la morale publique et de l'économie politique. Ils veulent réagir contre ces tendances qui font « qu'un gentilhomme simple prétend être habillé et vivre en prince, le justicier, financier, le marchand être vêtu et vivre comme les plus grands seigneurs, les manouvrier faire autant que le riche marchand, le serviteur tenir train de maître. »

Nous pourrions multiplier ces citations à l'infini.

Elles suffisent pour faire comprendre au lecteur combien grand devait être par toute la France le mouvement intellectuel, politique et économique auquel donnait lieu la convocation des États généraux. Tous les habitants du pays, grands ou petits, ducs et marquis, ouvriers ou paysans s'assemblaient, discutaient ensemble les affaires publiques, rédigeaient leurs cahiers que les députés devaient porter aux États.

Plus d'un de ces cahiers pourraient être étudié avec fruit par ceux qui de nos jours prétendent régénérer la nation. Les coryphées de la démocratie contemporaine surtout y trouveraient des renseignements utiles, et peut-être voudraient-ils bien reconnaître qu'il y eut avant eux, en France, des hommes et des assemblées qui surent aborder et quelquefois résoudre avec succès les plus graves problèmes politiques, et auxquels on ne saurait, sans injustice, marchander le respect et la reconnaissance.

Le livre de M. Desjardins contribuera à rendre aux États généraux leur véritable caractère trop longtemps méconnu. C'est un travail excellent. Nous n'avons pas l'honneur de connaître M. Desjardins, nous ne le connaissons du moins que par ses œuvres : aussi pouvons-nous dire, sans être suspect de

Digitized by Google

partialité, que nous tenons l'auteur du livre dont nous venons de rendre compte pour un jurisconsulte habile, un littérateur distingué et un historien de talent.

GABRIEL DEBACQ.

DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE EN GÉNÉRAL EN DROIT ROMAIN. DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE EN MATIÈRE PÉNALE EN DROIT FRANÇAIS.

Par M. Ernest HIRTZ, avocat.

Compte rendu par M. Léonce DE RESBECQ, substitut du procureur général de la Cour de Limoges.

L'autorité de la chose jugée est assurément l'un des sujets les plus délicats, les plus vastes et les plus intéressants que puisse fournir la science du droit. Elle a été étudiée par les jurisconsultes, elle a été l'objet de plusieurs traités excellents; les étudiants de nos Facultés semblent aussi se plaire à enrichir de leurs recherches une matière qui est si bien faite pour exercer la sagacité des intelligences et mettre en relief les facultés juridiques. M. Hirtz a voulu, lui aussi, accroître, sur ce point, le domaine de la science. C'était un élève de la Faculté de droit de Strasbourg, cette bonne Faculté où le droit était enseigné par de grands maîtres comme MM. Aubry et Rau. C'est le 10 mars que M. Hirtz soutenait devant la Faculté sa thèse de docteur sur *l'autorité de la chose jugée*. Hélas, qui nous eût dit qu'à cette époque nous étions si près des désastres et de la perte de cette chère province de l'Alsace, si vraiment française et si patriotique!

La partie de la thèse qui traite de l'autorité de la chose jugée en droit romain a le mérite d'une exposition nette, claire, juridique. Les textes sont bien analysés, les controverses parfaitement mises en relief; la science allemande ne pouvait pas être oubliée. On sait, en effet comme M. de Savigny a éclairé d'une vive lumière les principes du droit romain. M. Hirtz était plus à même que tout autre de puiser dans les auteurs allemands tout ce qui pouvait l'aider

Digitized by Google

à donner à son sujet tout le développement qu'il comporte. Né à Strasbourg, il comprenait la langue allemande. Il est profondément regrettable que nous ne comprenions pas combien l'étude des langues étrangères est nécessaire pour le perfectionnement de notre éducation et de notre instruction. C'est en étudiant les mœurs, les coutumes, les lois, les institutions des autres peuples que nous parviendrons à nous corriger, à saisir nos défauts, et en même temps à enrichir notre science française, déjà si belle et si féconde.

La thèse française me paraît être la partie vraiment intéressante et originale du travail de M. Hirtz. Que de matériaux à grouper ! que de principes à dégager, et que de documents de jurisprudence ! Le jeune auteur a su détacher les principes les plus importants, et réunir sous chacun d'eux les applications les plus fréquentes. Il commence par tracer une esquisse de l'autorité de la chose jugée en matière pénale sous l'ancien droit, puis il arrive vite au droit nouveau. Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait chose jugée ? Ici se place une étude très-complète et très-approfondie de l'article 360 du Code d'instruction criminelle. Que faut-il entendre par ces mots : *le même fait* de l'article 360 ? On sait l'interprétation que leur donne la jurisprudence. Un individu, par exemple, qui a été acquitté d'un crime d'attentat à la pudeur peut être poursuivi ultérieurement pour outrage public à la pudeur ; une femme acquittée pour crime d'infanticide peut être poursuivie pour homicide involontaire. La qualification ou l'incrimination n'étant plus la même, il n'y a pas violation de la règle *non bis in idem;* M. Hirtz critique la jurisprudence à cet égard [1].

Un chapitre plein d'intérêt est consacré à l'étude des actes qui peuvent produire l'exception de la chose jugée. Une première section traite de l'effet, des ordonnances du juge d'instruction et des arrêts des chambres des mises en accusation. Nul doute, quoique le législateur soit muet sur la question, que les ordonnances du juge d'instruction n'aient,

(1) Un projet de loi a été présenté le mois dernier à l'Assemblée nationale par M. Parent, pour abolir cette jurisprudence, au moyen d'un texte formel reproduisant les dispositions du Code de brumaire an IV et prescrivant de soumettre au jury toutes les incriminations dont est susceptible le fait matériel qui lui est déféré.

Digitized by Google

comme les arrêts de la chambre des mises en accusation, l'autorité de la chose jugée. Dans une seconde section l'auteur étudie les effets des arrêts et jugements en matières criminelle, correctionnelle et de police ; dans une troisième, l'effet des cassations prononcées en vertu des articles 441 et 442 du Code d'instruction criminelle; dans la section IV, des effets des jugements rendus en pays étranger; dans la section V, des effets de la chose jugée au civil sur l'action publique; dans la section VI, des effets de la chose jugée au criminel sur l'action civile. Une dernière partie mentionne, sous la rubrique bibliographie, les principaux ouvrages à consulter tant en droit romain qu'en droit français.

J'aurais voulu citer des passages de l'excellente thèse de M. Hirtz; j'aurais montré comment il a traité son sujet, et comment il a su en faire une œuvre vraiment utile à la science. Mais les pages sont comptées dans cette Revue dont l'hospitalité est toujours bienveillante, et je laisse la place à d'autres travaux qui méritent également d'être signalés à l'attention des lecteurs.

LÉONCE DE RESBECQ.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

---

384 — Paris. — Imprimerie COSSET et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DE LA DÉLIMITATION DU DOMAINE PUBLIC.

Réponse à l'article de *M. Reverchon*,
avocat général à la Cour de cassation,

Par M. E. Laferrière,
maître des requêtes au Conseil d'État, commissaire du gouvernement.

Notre honorable collaborateur M. Reverchon a fait revivre, dans la dernière livraison de la *Revue*, la controverse qu'a tant de fois suscitée l'importante et délicate question de la délimitation des fleuves. Il a spécialement examiné par quels moyens et devant quelle juridiction un riverain peut se défendre contre un arrêté de délimitation qui empiète sur sa propriété et le prive d'alluvions légitimement acquises. Il a rappelé le désaccord qui règne sur ce point entre la jurisprudence de la Cour de cassation et celle du Conseil d'État, et il a apprécié les décisions toutes récentes que viennent successivement de rendre la chambre des requêtes et la Commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'État.

On ne peut se dissimuler que ces derniers arrêts aggravent le différend, par cela seul qu'ils le laissent subsister après des discussions très-approfondies et des concessions de jurisprudence qui semblaient devoir l'aplanir; mais ils ont du moins l'avantage de bien préciser la question et de dégager le débat des complications qu'avaient accumulées de longues controverses et des arrêts quelquefois discordants. Rien de plus facile aujourd'hui que d'énoncer clairement le problème et de comparer les solutions proposées de part et d'autre.

Supposons un arrêté de délimitation qui étend mal à propos le domaine public aux dépens de la propriété privée. Il comprend par exemple, dans le lit de la Seine ou du Rhône, des espaces qui ne sont réellement ni le Rhône ni la Seine, mais bien le champ ou le pré du riverain, une alluvion ancienne ou récente légalement acquise par accession. Comment ce riverain doit-il formuler sa réclamation? A quelle juridiction doit-il s'adresser pour faire réparer l'erreur commise par le préfet, et pour empêcher que le domaine public ne s'enrichisse à ses dépens?

Digitized by Google

Le Conseil d'État décide que la réclamation du riverain ne peut légalement se produire que sous forme d'un recours pour excès de pouvoir introduit *omisso medio* ou après recours au ministre, et tendant à l'annulation de l'arrêté, ainsi qu'à la restitution des parcelles indûment comprises dans la délimitation.

L'administration, dit-il, n'a qu'un droit : constater les bornes du domaine public naturel, relever le point exact où finit le lit du fleuve et où commence la rive, reporter sur le papier ce que la nature a tracé sur le sol, en un mot décrire le cours d'eau tel qu'il existe physiquement et non dessiner un cours d'eau idéal, agrandi et perfectionné conformément aux vœux des ingénieurs. L'administration, en effet, a mission de conserver le domaine public, mais elle n'a pas le droit de le créer ou de l'étendre aux dépens de la propriété privée sans une expropriation régulière. Si donc un préfet comprend dans la délimitation d'un fleuve une parcelle du fonds riverain, une alluvion parvenue à maturité, s'il la confond fictivement avec le lit naturel du cours d'eau, il excède ses droits, il commet un abus de pouvoir, et le Conseil d'État est seul compétent pour contrôler l'acte illégal, redresser l'abus et réparer, par une restitution immédiate, le tort qu'il a fait à autrui [1].

[1] M. Reverchon a reproduit le texte de l'arrêt rendu le 7 mai 1871 par la Commission qui fait fonction de Conseil d'État. Je crois devoir rapporter ici le texte encore inédit d'un second arrêt rendu le 13 mars 1872 au rapport de M. Hérold et conformément à mes conclusions.

« Considérant que le droit qui appartient à l'administration, en vertu de la loi des 22 décembre 1789-10 janvier 1790, de délimiter les cours d'eau navigables, ne donne au préfet d'autre pouvoir que celui de reconnaître et déclarer la ligne séparative du domaine public et de la propriété privée, qu'il s'ensuit que les limites fixées par l'administration doivent se confondre avec les limites naturelles du cours d'eau, et qu'aucune parcelle de terrain située en dehors desdites limites naturelles ne saurait, même sous la réserve d'une indemnité, être comprise par voie de délimitation administrative dans le lit du cours d'eau sans qu'il en résultât un excès de pouvoir ouvrant aux intéressés le recours autorisé par la loi ;

« Qu'ainsi les dispositions légales qui consacrent et circonscrivent tout à la fois le droit de l'administration excluent, pour les tribunaux civils, tout pouvoir de réviser la délimitation administrative aussi bien au point de vue d'une indemnité à accorder aux riverains qu'au point de vue de la possession même des terrains, et par suite la compétence que supposerait un tel pouvoir.

« Décrète : — Art. 1er : L'arrêté de conflit est confirmé, etc. »

Digitized by Google

L'autorité judiciaire dit au contraire :

Que l'acte soit ou non illégal, peu importe. N'ayant pas qualité pour l'annuler et ne voulant pas me désintéresser d'un débat qui touche la propriété privée, je m'abstiens à la fois de critiquer la délimitation abusive et de renvoyer à qui de droit le soin de la rectifier. Je retiens le litige à ma barre, mais je l'y retiens en l'altérant ; je transforme l'acte réputé illégal en un acte administratif *sui generis;* ce que le Conseil d'État appelle une délimitation nulle comme entachée d'excès de pouvoir, je l'appelle une délimitation *administrative* distincte de la délimitation *naturelle*, puis comparant les deux tracés, je regarde la bande de terrain intermédiare comme frappée d'*expropriation indirecte et déguisée*[1]. Cela fait, je n'enlève point à l'État le fruit de son usurpation, car ce serait m'immiscer dans l'administration et compromettre ma compétence; je ne restitue pas au riverain ce qu'on lui a pris à tort, puisque je le suppose fictivement exproprié, mais je résous son droit en une indemnité qui sera réglée à dire d'experts.

Telle est la doctrine que l'honorable M. Reverchon a défendue ici même il y a un mois, en la présentant, il est vrai, sous un jour plus ménagé que nous ne croyons devoir le faire. De toutes les propositions qu'elle énonce ou qu'elle implique, il n'en est pas une seule que nous puissions admettre.

Et d'abord, qu'est-ce que cette délimitation administrative distinguée de la délimitation naturelle? C'est tout simplement un abus de pouvoir revêtu d'un titre officiel, c'est un acte illégal, annulable au premier chef, puisque les limites tracées par l'administration doivent légalement se confondre avec celles que la nature a marquées. Plutôt que de renvoyer cette illégalité au Conseil d'État pour qu'il la censure et l'efface, l'autorité judiciaire lui donne droit de cité, la pare d'un nom honorable et l'élève à la hauteur d'un décret d'expropriation assez efficace pour déposséder le propriétaire riverain !

[1] Cette ingénieuse théorie du lit administratif distinct du lit naturel a été développée dans de nombreux arrêts, et notamment dans un arrêt de la Cour de Toulouse du 29 août 1871, annulé par le décret sur conflit que nous rapportons plus haut. Cet arrêt va jusqu'à dire que « les propriétaires de ces terrains (les terrains attribués au domaine public quoique situés hors du lit naturel) *ne peuvent pas s'opposer à leur incorporation au domaine public.* »

Digitized by Google

Qu'est-ce encore que cette expropriation indirecte et déguisée, si facilement admise par l'autorité judiciaire? L'atteinte à la propriété privée est-elle donc de ces légers abus qu'on puisse indirectement consommer sous l'œil indulgent du juge à condition d'y mettre un peu d'adresse? Si l'on cherche à la commettre à la faveur d'un déguisement et en s'affranchissant des prescriptions légales, l'autorité judiciaire doit-elle intervenir pour sanctionner la manœuvre ou au contraire pour la dénoncer et mettre le pouvoir compétent en demeure d'en faire justice?

A quel texte de loi, à quels principes généraux de droit civil ou de droit public peut-on rattacher cette notion si hardie d'une expropriation indirecte, opérée sans déclaration d'utilité publique, sans enquête, sans jury, par la seule vertu d'un arrêté préfectoral qui vise un rapport d'ingénieur? Nous savons bien qu'on a quelquefois invoqué, pour justifier cette étrangeté, nos vieux règlements en matière d'alignement et certaines dispositions de la loi de 1836 qui confèrent au préfet des facultés exceptionnelles pour l'élargissement et le redressement des chemins vicinaux [1]. Peut-être suffirait-il de répondre que ces dispositions spéciales et fécondes en abus ne doivent pas s'étendre par voie d'analogie, et que c'est là le cas d'appliquer la maxime *odiosa restringenda*. Mais on peut aussi ajouter que l'analogie est loin d'être parfaite entre la délimitation du domaine public artificiel, tel que routes et canaux, et celle du domaine public naturel, tel que lacs, fleuves et mer. Dans le premier cas, les formes et l'existence même de la chose domaniale dépendent du fait de l'homme; dans le second cas, elles dépendent de la nature. On comprend, à la rigueur, que l'administration délimite avec des pouvoirs très-étendus la route qu'elle a conçue, tracée, et jugée susceptible d'améliorations ultérieures; mais on ne peut admettre par analogie qu'elle ait les mêmes droits sur des fleuves qu'elle n'a pas creusés et des plages que le flot a lui-même dessinées. Devant ces grandes créations de la nature, qu'elles soient ou non modifiées par ses travaux, l'administration ne peut que

[1] L'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 10 juillet 1854 que cite M. Reverchon et où il puise des analogies applicables à la question actuelle est relatif à un élargissement de chemin vicinal et vise les textes spéciaux à cette matière.

Digitized by Google

noter le fait physique et l'enregistrer fidèlement. La théorie de l'expropriation indirecte perd ainsi le seul appui qu'elle ait cru trouver dans les textes, et l'on ne peut qu'être surpris des efforts faits par l'autorité judiciaire, gardien naturel de la propriété, pour interpréter ainsi contre elle les analogies les moins plausibles.

Cette tendance serait même tout à fait inexplicable si l'on se bornait à considérer l'état actuel de la jurisprudence administrative et l'immense surcroît de garanties que la doctrine du Conseil d'État assure à la propriété riveraine. Mais lorsqu'on remonte un peu plus haut dans l'historique de la question, lorsque l'on considère quelle était, il y a dix ans, la jurisprudence du Conseil d'État, de quelle main avare il mesurait les garanties qu'il prodigue aujourd'hui contre les délimitations abusives, on s'explique très-bien comment a pris naissance la doctrine que nous critiquons, et pourquoi elle a eu jadis, en équité sinon en droit, de sérieuses justifications. Il y a dix ans en effet, jusque vers 1861, le Conseil d'État refusait de réviser au fond les arrêtés de délimitation, il voyait en eux des actes de pure administration non susceptibles de recours contentieux, et il niait sa propre compétence aussi bien que celle de l'autorité judiciaire, quand on lui demandait de les rectifier[1]. Il était alors tout naturel que l'autorité judiciaire s'émût de la situation intolérable faite au riverain de la mer et des fleuves. Privé du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État, écarté des tribunaux civils par l'éventualité d'un conflit, il était à la discrétion du préfet et des ingénieurs, et la faculté d'un recours gracieux devant le ministre des travaux publics n'améliorait guère sa situation. Et pourtant on voyait des délimitations tellement abusives qu'on les pouvait qualifier de scandaleuses; on voyait des fleuves, démesurément élargis par le compas des ingénieurs, couvrir de leur lit imaginaire des espaces qui n'étaient atteints que par de rares inondations; à plus forte raison des alluvions peu étendues pouvaient-elles paraître de bonne prise. Alors l'autorité judiciaire, voyant que le Conseil d'État, juge naturel de ces abus, refusait de les réparer, a cherché un biais pour venir au secours de la propriété menacée; elle s'est révoltée

[1] Arrêts des 4 avril 1845, 31 mars 1847, etc.

Digitized by Google

contre l'hypothèse inadmissible de l'infaillibilité préfectorale, et elle a imaginé, à défaut de théorie plus légale, l'ingénieuse doctrine du lit administratif et de l'expropriation déguisée. Il y avait certainement quelque chose d'anormal dans cette intervention du juge interprétant, contrôlant, annulant à demi des arrêtés préfectoraux, mais il y avait quelque chose de plus fâcheux encore dans l'inaction du Conseil d'État, et, à tout prendre, mieux valait confusion de juridiction qu'absence de juridiction aboutissant à déni de justice.

Le Conseil d'État l'a compris. Après quelques hésitations, après des distinctions aussitôt abandonnées entre les délimitations faites pour le passé et celles qui concernent l'avenir [1], entre les cas d'usurpation évidente, d'abus excessif et ceux d'erreur involontaire et moins grave [2], il a franchement admis le recours; il a fait mieux, il a formellement annulé des arrêtés de délimitation pris en violation du droit des riverains [3].

Notre honorable contradicteur M. Reverchon ne peut se dissimuler l'importance de cette réforme, mais il essaye d'en atténuer la portée en émettant des doutes sur sa vitalité. Il rappelle les arrêts relativement récents qui refusaient la révision contentieuse des délimitations abusives, et il semble croire que le Conseil d'État pourrait bien y revenir. Nous sommes tout à fait convaincu du contraire, non-seulement parce que nous croyons à la loi du progrès en jurisprudence, mais encore parce que la doctrine constamment suivie depuis 1861 n'est que l'application d'une réforme bien plus considérable lentement accomplie dans la jurisprudence du Conseil d'État. Nous voulons parler de l'extension si importante que cette jurisprudence a prise en matière d'excès de pouvoir, et qui assure au citoyen de si précieuses garanties contre tout acte administratif qui lèse injustement ses droits, innovation bienfaisante, dont l'honneur revient en partie à notre éminent collaborateur M. Aucoc qui l'a poursuivie avec tant de persévérance pendant qu'il occupait, aux assemblées du contentieux, le siége du ministère public. Aujourd'hui la réforme est faite; elle a pu s'opérer sous un régime qui ne

[1] 19 juillet 1860, port de Bercy.
[2] 27 mars 1856, 19 juillet 1860.
[3] 13 décembre 1866, Coicaud; 9 janvier 1868, Archambault.

Digitized by Google

péchait pas par excès de condescendance pour les droits individuels, et rien ne fait supposer qu'elle puisse péricliter dans l'avenir.

Mais, dit encore M. Reverchon, « le Conseil d'État statue « en général sans enquête, sans expertise, sans visite de lieux, « sur de simples rapports d'ingénieurs dont la partie intéressée peut fort bien ne pas avoir connaissance. » Nous ne savons si les choses se passaient ainsi autrefois, mais nous pouvons affirmer à notre honorable contradicteur qu'elles se passent tout autrement aujourd'hui. Aucune mesure d'instruction n'est plus générale que l'expertise; bien souvent le Conseil d'État l'ordonne d'office en se réservant même, par surcroît de garantie, la désignation du tiers expert. A-t-il eu occasion d'appliquer cette procédure en matière de délimitation? Nous ne connaissons pas d'arrêt spécial en ce sens, mais il n'en faut pas faire un grief, car les rapports d'ingénieurs, dans la plupart des cas où l'annulation a été prononcée, contenaient en eux-mêmes l'aveu de l'excès de pouvoir et entraînaient, sans qu'il fût besoin d'autre enquête, la condamnation de l'État. Le jour où une expertise contradictoire sera réclamée et où elle paraîtra nécessaire, le Conseil d'État n'hésitera certainement pas à l'ordonner. Nous ne comprenons pas non plus l'objection qui porte sur la non-communication des rapports: l'instruction administrative est toujours communiquée à la partie intéressée, tous les rapports des ingénieurs, tous les avis des ministres sont mis à sa disposition, elle les étudie et y répond à loisir, et elle a presque toujours la parole la dernière alors même que l'État est défendeur. Quant aux visites de lieux, il est certain que le Conseil d'État ne songe guère à en faire et à aller constater *de visu* le niveau des plus hautes eaux navigables ou l'étendue du plus grand flot de mars; mais nous ne croyons pas que les magistrats fassent souvent eux-mêmes de telles vérifications. Ils en chargent des gens du métier, ce qui vaut mieux.

L'honorable M. Reverchon reproche aussi au Conseil d'État d'être « trop loin du justiciable. » Nous ne croyons pas que, dans l'état actuel des communications, il soit bien plus gênant pour le riverain de plaider à Paris qu'à la Cour d'appel de son ressort (sans parler du voyage auquel peut l'obliger un recours en cassation). Nous ajoutons que les faibles inconvé-

Digitized by Google

nients de l'éloignement sont plus que compensés par une notable économie de frais et de temps. Le riverain qui plaide devant le Conseil d'État évite le procès civil en première instance et en appel et n'a pas à se préoccuper du recours en cassation; un seul arrêt termine son procès, et il peut provoquer cet arrêt sans frais, sans ministère d'avocat, au moyen d'une simple requête.

Enfin nous ne saurions trop protester contre un dernier argument de M. Reverchon en faveur de la compétence judiciaire. « Nous comprenons, dit-il, que si le propriétaire spolié « par la délimitation administrative veut reprendre la pos- « session de sa chose, il doive frapper à la porte du Conseil « d'État. Mais *s'il lui suffit de recevoir le prix de cette chose*, « pourquoi l'obliger à faire un procès administratif? » Nous répondrons que les tribunaux n'ont pas le droit de ratifier une option de cette nature, en présence d'une disposition illégale par elle-même. Cette faculté d'option mène tout droit à une vente déguisée, à une collusion entre le propriétaire qui trouve bon de vendre son terrain et l'ingénieur qui croit utile de le prendre, accord peu licite, qui a pour effet de modifier le domaine public en dehors de toutes les prévisions du législateur. Une expropriation doit être un acte régulier et précédé d'une enquête, aussi bien dans l'intérêt de l'État que dans celui des particuliers; on n'y peut suppléer par un simple concours de volonté intervenu entre un riverain et le service de la navigation et mettant à la charge de l'État un prix de vente déguisé sous forme d'une indemnité.

L'indulgence excessive de la Cour de cassation pour ces actes irréguliers et souvent très-répréhensibles, pour ces abus qu'elle encourage tandis que le Conseil d'État les réprime, explique très-bien le nombre relativement restreint des conflits élevés dans ces sortes d'affaires. Rien ne serait évidemment plus facile à l'Administration que d'en finir avec la théorie des expropriations indirectes : elle n'aurait qu'à élever dans tous les cas un conflit dont l'issue ne serait pas douteuse; mais en élevant ce conflit, elle ménagerait au riverain le recours pour excès de pouvoir, et l'admission de ce recours aurait pour effet de faire restituer au riverain la parcelle que l'Administration lui a prise. Or l'Administration aime souvent mieux garder la parcelle en la faisant payer à

Digitized by Google

l'État que de confesser son erreur ou son abus de pouvoir. Voilà pourquoi elle laisse l'affaire suivre son cours devant les tribunaux : elle y trouve son profit, puisque ceux-ci laissent subsister la délimitation vicieuse et font expier au trésor public les fautes des ingénieurs.

Les objections accessoires de notre honorable collaborateur nous semblent donc aussi peu décisives que les déductions juridiques qui ont servi à édifier le système.

Nous reconnaissons plus que personne l'importance des services qu'a rendus la Cour de cassation dans l'étude de ces graves questions; nous sommes convaincu que sa sollicitude pour l'intérêt privé et les combinaisons hardies qu'elle lui a suggérées ont été un puissant stimulant pour le Conseil d'État, et n'ont pas peu contribué à inspirer la nouvelle jurisprudence. Mais, après avoir rendu ce service à la bonne administration de la justice, il lui en reste un autre à rendre fût-ce au prix d'un sacrifice : c'est de ne pas persister dans une jurisprudence dont les vraies causes ont disparu et de mettre fin au différend que les arrêts des Cours d'appel, plus encore que les siens, n'ont pas cessé d'entretenir[1]. Elle peut désormais le faire sans compromettre les intérêts des riverains puisqu'ils sont mieux sauvegardés maintenant par le Conseil d'État qui restitue l'alluvion en nature que par l'autorité judiciaire qui se borne à en allouer le prix. La chambre civile va sans doute se prononcer prochainement sur le pourvoi admis par la chambre des requêtes; l'occasion est propice pour mettre fin à ce trop long débat, et nous faisons des vœux pour que la Cour suprême ne la laisse pas échapper. E. LAFERRIÈRE.

[1] La Cour de cassation semble avoir fait un premier pas vers cette solution désirée en décidant, dans une affaire de délimitation de domaine maritime, « que les préfets n'ont pas la puissance d'incorporer au domaine public, sans indemnité préalable, un terrain jusque là possédé à titre de propriété privée. » (Req. rej., 18 juin 1866.)

Digitized by Google

DE LA SURVEILLANCE LÉGALE.

Par M. S. Migneret, ancien conseiller d'État.

Une constante expérience enseigne au législateur que très-rarement les peines atteignent le but moral qu'il se propose en frappant un coupable. Trop souvent le condamné, après sa libération, rentre dans la société avec des instincts pervers ou des désirs de vengeance qui en font un danger social.

Aussi tous les législateurs ont pris des précautions pour prévenir ce danger. Notre ancienne législation française appliquait le bannissement perpétuel comme peine principale ou accessoire, le bannissement temporaire, l'interdiction de résider en certaine province ou dans un rayon de distance de certaines localités.

Le droit pénal moderne a introduit une mesure nouvelle d'origine française, et dont l'application est fréquente. Cette mesure est *la mise sous la surveillance de la haute police*. Dans le système de notre législation, ce n'est pas une peine ; elle n'est que l'accessoire d'une peine, mais accessoire tantôt obligé, tantôt facultatif, et qui ne peut résulter que d'une disposition expresse de l'acte de condamnation.

Cette mesure a soulevé de vives controverses ; il n'est donc pas sans intérêt d'en étudier l'histoire et d'en soumettre le principe même et l'efficacité à une discussion dégagée de toute influence politique ou parlementaire.

Ainsi que nous venons de l'indiquer, la surveillance de la haute police est une institution moderne, elle n'est pas admise par le Code pénal de 1791.

La première trace de cette mesure se trouve dans les lois révolutionnaires, et elle est formellement inscrite dans un sénatus-consulte du 28 floréal an XII, relatif à la haute Cour de justice.

« Lorsqu'elle acquitte, elle peut mettre ceux qui sont absous sous la surveillance ou à la disposition de la haute police de l'État pour le temps qu'elle détermine. »

Cette disposition est exorbitante et ne saurait être admise

Digitized by Google

dans une législation fondée sur les vrais principes du droit criminel. Mais en cela, comme en toute circonstance, l'école révolutionnaire avait donné l'exemple du mépris des principes et de la justice : la Convention, par un décret du 7 juin 1793, permettait aux tribunaux révolutionnaires de condamner à la *déportation* « ceux qui étant convaincus de crimes et délits qui n'auraient pas été *prévus* par le Code pénal ou dont la punition ne serait pas déterminée par la loi, et dont l'incivisme et la résidence sur le territoire de la République auraient été un sujet de trouble et d'agitation. »

Des régions politiques la surveillance légale passa dans le droit commun. Une loi du 19 ventôse an XIII porte : « Tout « condamné aux travaux forcés à temps est tenu, à l'expira- « tion de sa peine, d'indiquer le lieu où il veut résider, et « dans ce lieu il reste soumis à la surveillance des autorités. »

A partir de ce moment, la surveillance a traversé quatre périodes marquées par des changements de régime.

La première date de l'an XII, et finit au Code pénal de 1810.

La seconde s'étend de 1810 à la réforme de 1832.

La troisième a duré de 1832 au décret du 8 octobre 1851.

Et la quatrième, dans laquelle nous entrons est marquée par retour pur et simple, en vertu d'ordre ministériel et à la suite du décret du 24 octobre 1870, au régime de 1832.

Première période. — Avant la promulgation du Code de 1810, un décret du 7 juillet 1806 ajouta aux dispositions de la loi du 19 ventôse, pour les condamnés aux travaux forcés, l'interdiction du séjour dans certaines localités : la ville de Paris et d'autres cités populeuses, celles ou existent des maisons centrales de détention. Il confère de plus au ministre de la police le droit d'indiquer à chaque libéré le lieu de sa résidence et de lui en assigner d'autres à sa volonté.

Deuxième période. — Dans les études qui préparèrent le Code pénal promulgué en 1810, le principe de la surveillance de la haute police fut non-seulement conservé mais étendu à un grand nombre de cas.

« De tous les moyens de s'assurer de la sagesse de ces « hommes et de préserver la société de leurs excès, celui-là « est le plus sûr et le plus simple, disait M. Target dans ses « observations sur le projet de Code pénal.

Digitized by Google

« Les malfaiteurs se flattent bien souvent d'échapper aux « poursuites de la loi; mais ils n'espèrent pas de même « tromper en tout temps l'œil vigilant de la police publique « toujours ouvert sur leurs actions.

« Les anciennes républiques avaient cru ne pouvoir main- « tenir la liberté des citoyens qu'en en diminuant le nombre « et en livrant au despotisme des maîtres une immense po- « pulation d'esclaves et les membres de la famille à celui de « leurs chefs.

« Nous proposons, ce me semble, une idée plus saine et plus « heureuse, c'est d'abandonner, non pas au despotisme, mais « à la vigilance éclairée du gouvernement le coupable jugé « suivant les lois[1]. »

Ces considérations, uniquement fondées sur l'intérêt de la société et qui ne tenaient aucun compte du condamné et des entraves que cette sorte de servitude légale apportait à la vie ultérieure du coupable libéré après punition, expliquent parfaitement le système du Code de 1810.

Deux principes y sont admis :

1° Droit pour le gouvernement d'assigner au surveillé un lieu de résidence obligée et de s'assurer à tout moment de la présence en ce lieu de l'homme soumis à la surveillance;

2° Faculté pour celui-ci de s'affranchir de cette inspection en fournissant un cautionnement[2].

L'interprétation que nous donnons à l'article 44 ne fut malheureusement pas suivie dans la pratique; sur ce point comme sur tant d'autres, l'exécution compromit la loi, et l'on

[1] Observations sur le projet de Code criminel présenté par M. Target, membre de la commission chargée de la composition de ce projet, dans le Recueil de Locré.

[2] Art. 44. L'effet du renvoi sur la surveillance de la haute police de l'État, sera de donner au gouvernement ainsi qu'à la partie intéressée le droit d'exiger soit de l'individu placé dans cet état, après qu'il aura subi sa peine, soit de ses père et mère, tuteur ou curateur s'il est en âge de minorité, une caution solvable de bonne conduite jusqu'à la somme qui sera fixée par l'arrêt ou le jugement; toute personne sera admise à fournir cette caution.

Faute de fournir ce cautionnement, le condamné demeure à la disposition du gouvernement qui a le droit d'ordonner, soit l'éloignement de l'individu d'un certain lieu, soit sa résidence continue dans un lieu déterminé de l'un des départements du royaume.

Digitized by Google

rendit la législation responsable de la négligence des juges ou de la fausse interprétation qu'on donna à ses prescriptions.

Plusieurs fois il est arrivé que les tribunaux, en plaçant un condamné sous la surveillance de la haute police, ont omis de fixer le montant de la somme à fournir pour le cautionnement.

Comment suppléer à cette omission? Comment s'affranchir de l'assujettissement prévu par le deuxième paragraphe de l'article 44, alors que le juge avait oublié d'en fournir les moyen? Le simple bon sens indiquait qu'il fallait laisser au condamné la faculté de réclamer auprès de l'autorité judiciaire la réparation d'un oubli commis par elle et la possibilité d'user d'une faculté légale.

Ce fut le contraire qui fut adopté. Deux avis regrettables du Conseil d'État dénaturant, au lieu de l'interpréter, le sens du Code pénal, décidèrent :

1° Qu'en cas d'omission dans l'arrêt de condamnation du taux du cautionnement, les condamnés n'avaient aucune action pour la faire réparer, que ce droit n'appartenait qu'au ministère public et aux parties civiles;

2° Qu'alors même que le cautionnement était fixé et que le condamné offrait de le réaliser, le gouvernement pouvait ne pas l'accepter, attendu que ce cautionnement étant établi, non dans l'intérêt du surveillé[1], mais dans celui du gouvernement, il dépendait de celui-ci de l'exiger ou de le refuser.

Sous l'empire de cette interprétation, la surveillance que le texte de la loi ne prononçait qu'à défaut de cautionnement, devint au contraire le fait général, sauf le bon plaisir des tribunaux et du gouvernement quand les uns voulaient bien fixer le chiffre du cautionnement et l'autre l'accepter. On comprend les réclamations qu'elle a soulevées et la direction des esprits vers une réforme. Malheureusement la France du XIXe siècle ne connaît en fait de réforme que la destruction de ce qui existe et l'introduction de quelque nouveauté. Aussi en 1832, lors de la révision du Code pénal, le législateur, au lieu de s'enquérir des causes qui soulevaient les réclamations des publicistes, inaugura un régime nouveau dans

[1] Proposition évidemment inexacte dit M. Dalloz, *Rép. abrégé de jurisprudence*, v° PEINE, n° 58, t. III, Paris, 1835.

Digitized by Google

lequel disparut la faculté précieuse, à notre avis pour le condamné, d'échapper à la surveillance en offrant à la société de sérieuses garanties de sécurité pour elle et de bonne conduite pour lui.

Troisième période. — Le 9 janvier 1832, fut proposée à la Chambre des pairs une loi portant de notables modifications au Code pénal. Au nombre des pénalités atteintes, se trouve la surveillance légale.

« Les modifications apportées à l'état actuel de la surveil-
« lance de la haute police, porte l'exposé des motifs, sont
« parmi les améliorations du projet de loi, une de celles qui,
« dans la pratique, doivent produire les meilleurs et les plus
« fréquents résultats. Le mode actuel de surveillance élève
« des obstacles presque insurmontables contre l'amendement
« des criminels... Toutefois cette surveillance ne pouvait
« être supprimée, la sûreté des personnes et des propriétés
« est intéressée à ce que le criminel ne vienne pas, après la
« consommation de sa peine, porter l'épouvante dans les lo-
« calités qui lui sont connues...

« Le projet de loi pour concilier ces intérêts divers sup-
« prime, au profit des surveillés, la contrainte qu'aujourd'hui
« on leur impose de résider dans un lieu déterminé. Mais le
« gouvernement aura le droit de désigner certains lieux dans
« lesquels il sera interdit au condamné de paraître après
« qu'il aura subi sa peine. En outre le condamné devra dé-
« clarer avant sa mise en liberté le lieu où il ira se fixer, et il
« ne pourra en changer sans préalablement faire connaître le
« lieu où il se propose d'établir sa nouvelle résidence.

« ...Dans ce système se trouve supprimé le cautionnement
« de bonne conduite que l'article 44 du Code pénal avait
« établi pour permettre au condamné de se racheter de la
« surveillance. L'expérience apprend que cette mesure offre
« beaucoup plus d'inconvénients que d'avantages et profite
« surtout aux malfaiteurs les plus redoutables.

« Le cautionnement ne deviendrait réellement utile que si,
« au lieu d'être prononcé à peu près au hasard par le juge-
« ment même de condamnation, il pouvait se coordonner avec
« un bon régime disciplinaire des prisons, qui, ayant égard
« à la situation morale du condamné, non pas à l'instant de

Digitized by Google

« la condamnation, mais à l'expiration de la peine, servirait « à l'amendement du criminel et à la garantie de la société. « Dans l'état actuel, la suppression du cautionnement est le « meilleur parti à prendre. »

Tout cet exposé de motifs que nous abrégeons en retranchant la partie déclamatoire sur les souffrances du surveillé, témoigne d'une confiance sans modestie dans la conception nouvelle et d'une singulière légèreté dans la condamnation du système du cautionnement. L'institution existe, elle est défectueuse en quelques points; on pressent qu'il serait possible de l'améliorer, mais quelques obstacles se présentent. On s'arrête, et dans *l'état actuel* il est mieux de supprimer que d'essayer un perfectionnement. Le cautionnement, c'est-à-dire la faculté pour le libéré d'offrir des garanties à la société en échange de son affranchissement, disparut donc; quant aux bons résultats promis de la réforme, ils ne se réalisèrent point.

Dès l'année 1840 un magistrat se plaignait et publiait des observations fort vives à ce sujet[1]; à ses yeux le système du Code pénal de 1810 était bien préférable à celui de la loi de 1832 :

1° Parce qu'il permettait le rachat de la peine par une caution et le dépôt du vagabond dans une maison de travail;

2° Parce qu'il convenait de laisser à la police le droit de refuser le cautionnement, s'il était fixé, ou de le porter à un taux supérieur, et surtout parce qu'il fallait lui conserver « la faculté si sage de rendre la liberté à l'homme qui s'était « réhabilité par sa bonne tenue. De la sorte la surveillance « conservait le caractère primitif qui lui est propre et la po- « lice, — que serait la police si elle avait un Code? — sa li- « berté de mouvement. Assurément on s'abusa en 1832. »

Ce qui justifiait au moins en partie la sévérité de ce jugement, c'est l'absence complète d'amélioration dans le moral et le régime de vie des surveillés.

Profitant ou mieux abusant de la latitude qui leur était laissée par la loi nouvelle, ils entreprenaient à travers toute la France des voyages dangereux ou imprudents. Partant de

[1] *Revue de législation et de jurisprudence*, 2e série, t. II, p. 393.— Paris, bureau de la *Revue*, 1840, in-8°.

Digitized by Google

Dunkerque pour Bayonne, ils circulaient pendant des mois entiers le long de grandes routes, s'imposant aux autorités pour le secours de route, aux hôpitaux par leurs maladies, et n'arrivaient le plus souvent à une destination que pour en repartir sans prévoyance comme sans ressources.

Le gouvernement s'émut d'un pareil résulat : il se préoccupa de la double pensée de porter remède au désordre, et d'essayer d'améliorer le sort des condamnés par des mesures de protection prévoyante. Dans ce but il consulta les conseils généraux lors de leur session de 1842.

« En mettant des entraves à la liberté des anciens con-
« damnés, écrivait le ministre de l'intérieur[1], la société ne
« fait qu'user du droit de défense; elle veut, elle doit avant
« tout, assurer son repos.

« Elle est encore à douter que les adoucissements apportés
« à la surveillance de la haute police par la législation de 1832
« aient rendu les libérés moins redoutables. Elle est même
« à se demander si la plus grande liberté dont ils jouissent,
« si la faculté qu'ils ont depuis cette époque de résider dans
« toutes les localités dont le séjour ne leur a pas été interdit,
« n'est pas un danger de plus pour la sécurité publique. Et
« peut-être en serait-il ainsi, en effet, car le nombre des
« récidives n'a pas cessé de s'accroître, car presque tous les
« libérés font un emploi désordonné des fonds mis en réserve
« pour l'époque de leur sortie, depuis que, par l'effet de la
« nouvelle législation, il leur est facile de se soustraire aux
« sages mesures de l'instruction ministérielle du 8 juillet 1829
« sur le payement à domicile des masses de réserve. »

A la suite de ces considérations, le ministre pose aux conseils généraux diverses questions, parmi lesquelles se trouve la suivante, sous le n° 25 :

« Les modifications apportées à la surveillance de la haute police par la loi du 28 avril 1832 ont-elles eu pour résultat de rendre plus facile le déplacement des libérés ?

« Trouvent-ils aisément à se placer ?

« La liberté plus grande dont ils jouissent depuis dix ans est-elle un danger pour la sûreté publique ? »

[1] Circulaire du 26 août 1842.

Digitized by Google

Vingt-sept conseils généraux seulement répondirent aux questions ministérielles, et l'on peut trouver dans le résumé des vœux de ces assemblées pour l'année 1843 les solutions assez divergentes qu'ils adoptèrent. Inutile de les reproduire ici, parce qu'un incident législatif survenu à la Chambre des Pairs dans la session de 1844 révéla l'impression produite par cette enquête sur les hommes politiques de l'époque et souleva l'examen approfondi du problème posé par la surveillance légale.

M. le comte Beugnot et M. le président Boullet déposèrent un projet de loi relatif à la surveillance des condamnés.

M. Beugnot, dans l'exposé des motifs de la proposition, déclara qu'elle n'était inspirée par aucune étude purement spéculative, mais par un examen sérieux des plaintes vives et unanimes qui chaque jour sont exprimées par des magistrats, des administrateurs, qui tous demandent une modification de l'article 44 du Code pénal et réclament pour l'administration la possibilité de pourvoir d'une manière efficace à la sûreté des personnes et des propriétés.

« En 1849, poursuivit l'orateur, M. le ministre de l'intérieur « a consulté les conseils généraux des départements sur la « question de savoir s'il était bon et opportun d'établir, dans « les départements, des sociétés de patronage en faveur des « libérés adultes ; vingt-sept conseils généraux répondirent à « cette question, les autres gardèrent le silence ou s'excusè- « rent sur le peu de temps qu'ils avaient eu pour étudier une « pareille matière. Des vingt-sept conseils généraux qui ré- « pondirent, vingt-quatre le firent d'une manière si uniforme « qu'on dirait qu'ils s'étaient concertés, et cependant ils « représentaient des départements disséminés sur toute la « surface de la France et n'ayant les uns avec les autres que « des relations éloignées. Ils répondent : Oui, vos intentions « sont bonnes, philanthropiques, et nous les approuvons ; « mais là n'est pas le remède dont nous avons besoin : il est « dans la modification immédiate de l'article 44 du Code « pénal. Changer au plus tôt cet article, rendre au pouvoir les « moyens d'arrêter les désordres qui résultent de l'état actuel « des choses et dont toutes nos communes se plaignent, et « ensuite, quand les débordements que nous signalons auront « été comprimés..., nous arriverons en commun au but que

Digitized by Google

« nous poursuivons, celui de rendre la classe des libérés « sans danger pour la société [1]. »

Entrant ensuite dans la discussion, le noble pair écarte les objections et formule ainsi la nouvelle rédaction de l'article 44 :

« L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police « sera de donner au gouvernement le droit de déterminer le « lieu où le condamné devra résider après l'expiration de sa « peine, ainsi que les formalités propres à constater sa pré- « sence dans ce lieu.

« Au moment de sa libération, il recevra une feuille de route réglant l'itinéraire dont il ne pourra s'écarter, et la durée de son séjour dans chaque lieu de passage.

« Il sera tenu de se présenter, dans les vingt-quatre heures de son arrivée, devant le maire de la commune. »

Cette proposition fut accueillie avec faveur, et le gouvernement, tout en faisant de légitimes réserves sur sa résolution définitive, appuya lui-même la prise en considération.

Le 13 avril 1844, M. le président Boullet, l'un des auteurs de la proposition, déposa, au nom de la commission chargée de l'examiner, un rapport suivi d'un projet de loi conçu, sauf quelques modifications, dans le sens de la résolution primitivement soumise à la chambre.

Substantif et conçis, ce rapport mérite d'être consulté dans l'étude de cette question.

Après avoir rappelé les espérances conçues sur le succès du système pénitentiaire fort en vogue à cette époque, après avoir touché au système de la transportation, le rapporteur dit :

« Les auteurs de la proposition qui vous est soumise ont « porté leurs vues sur un objet plus restreint, mais d'une « application plus facile et qui leur a paru d'une utilité plus « réelle, la réforme du mode de surveillance des condamnés.

« .....Parmi ceux qui reçoivent, en sortant du bagne « ou des prisons, une feuille de route, beaucoup n'arrivent « pas à la résidence qu'ils ont indiquée et l'autorité perd « leurs traces. De 26,435 libérés connus, 16,888 sont consi-

[1] Procès-verbaux de la Chambre des pairs, session de 1844. Impressions diverses, t. I, n° 17.

Digitized by Google

« dérés comme ayant une résidence fixe, 9,567 sont en état « de vagabondage permanent (ces renseignements nous ont « été fournis par M. le préfet de police); plus de 2,000 con- « damnations sont prononcées pour rupture de ban. Le dé- « partement de la Seine entre dans ce chiffre pour plus de « 600. Ainsi, un nombre énorme de libérés sont dans un état « constant d'hostilité envers la société. Paris surtout attire « leur coupable industrie.

« Cette position des libérés, si inquiétante pour la société, « nous paraît être, en partie, l'effet de la loi de 1832..... « .....Votre commission a reconnu à l'unanimité qu'il était « à propos de remettre au gouvernement la détermina- « tion du séjour dans lequel les condamnés doivent se rendre « à l'expiration de leur peine.....

« Il est quelques condamnés qui peuvent donner des espé- « rances de meilleure conduite, et nous avons cherché un « mode de relâcher à leur égard les liens de la surveillance, « sans nuire à son exercice..... Nous en avons trouvé le « germe dans la loi de 1810. Sous l'empire de cette loi, le « condamné pouvait s'affranchir de la surveillance en ver- « sant un cautionnement en argent. Mais outre que les tri- « bunaux fixaient d'ordinaire ce cautionnement à une somme « modique, il arrivait trop souvent que le produit du crime « y était appliqué.....

« Nous avons pensé qu'en substituant à un cautionnement « en argent une garantie morale et personnelle, en donnant, « en quelque sorte, aux libérés un surveillant officieux, nous « pourrions leur concéder le choix de leur résidence. Nous « vous proposons donc de décider qu'ils seront admis à s'af- « franchir de la résidence obligée, à la charge de présenter, « pour caution de leur bonne conduite un citoyen domicilié « dont la position sociale donnerait quelques garanties..... « La caution devrait être agréée par le préfet..... Cette « faculté serait accordée aux libérés aussi bien après le « commencement de l'exercice de la surveillance qu'au « moment de la libération..... La caution s'engagerait par « écrit à faire représenter les libérés à toute réquisition « de l'autorité. Mais il importe que cet engagement ne soit « pas pris légèrement, qu'il ne consiste pas dans une vaine « formalité..... Nous vous proposons de décider que la

Digitized by Google

« caution qui manquera à son engagement encourra une « amende de 500 francs à 300 francs..... (prononcée par « le tribunal civil).....

« Ce mode de garantie n'est pas sans exemple dans la lé- « gislation française et étrangère. C'est ainsi qu'aux termes « de l'article 273 du Code pénal, le vagabond condamné « peut être rendu à sa commune sur la demande du conseil « municipal ou avec le cautionnement d'un citoyen solvable. « En Angleterre, toute personne dont la conduite inspire « une inquiétude sérieuse à l'autorité est tenue, sous peine « de prison, de donner caution qu'elle gardera la paix. »

A ce rapport est annexé un projet de loi dont il importe de rapprocher le texte de ceux du Code pénal (1832) et de la proposition primitive.

Code pénal. (1832.) (Art. 44.)	Proposition de MM. Beugnot et Boullet. (Art. 44.)	Projet de la commission de la Chambre des pairs. (Art. 44.)
L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police sera de donner au gouvernement le droit de déterminer certains lieux dans lesquels il sera interdit au condamné de paraître après qu'il aura subi sa peine. En outre le condamné devra déclarer avant sa mise en liberté le lieu où il veut fixer sa résidence.	L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police sera *de donner au gouvernement le droit de déterminer le lieu où le condamné devra résider après l'expiration de sa peine ainsi que les formalités propres à constater sa présence continue dans ce lieu.*	L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police sera de donner au gouvernement le droit de déterminer le lieu dans lequel le condamné devra subir sa peine. *Néanmoins tout condamné qui présentera et fera agréer par le préfet, pour caution de sa bonne conduite, un citoyen domicilié inscrit au rôle des contributions directes et jouissant des droits civiques, civils et de famille, pourra, soit lors de sa libération, soit depuis, chosir* le lieu de sa résidence dans les départements dont le séjour ne lui sera pas interdit par le gouvernement.
Il recevra une feuille de route réglant l'itinéraire dont il ne pourra s'écarter, et la durée de son séjour dans chaque lieu de passage. il sers tenu de se présenter dans les vingt-quatre heures de son arrivée devant le maire de la commune; il ne	Il recevra une feuille de route réglant l'itinéraire dont il ne pourra s'écarter et la durée de son séjour dans chaque lieu de passage. Il sera tenu de se présenter dans les vingt-quatre heures de son arrivée devant le maire de la commune.	La caution souscrira

Digitized by Google

pourra changer de résidence sans avoir indiqué trois jours à l'avance à ce fonctionnaire le lieu où il se propose d'aller habiter et sans avoir reçu de lui une nouvelle feuille de route.

l'engagement de faire représenter le libéré à toute réquisition de l'autorité. Faute de remplir cet engagement, elle sera poursuivie devant le tribunal civil à la requête du ministère public et condamnée à une amende de 500 à 300 fr.

Si le condamné ne fournit pas de caution, l'administration déterminera les formalités propres à constater sa présence continue dans le lieu de sa résidence.

Dans l'un et l'autre cas, le condamné recevra au moment de sa libération une feuille de route réglant l'itinéraire dont il ne pourra s'écarter et la durée du séjour dans chaque lieu de passage. Il sera tenu de se présenter dans les vingt-quatre heures de son arrivée devant le maire de la commune. La feuille de route sera délivrée par le préfet.

La masse de réserve, sauf le prélèvement de la somme nécessaire au voyage, sera transmise au lieu de la résidence choisie par lui ou désignée par le gouvernement, et lui sera remise sans frais au fur et à mesure de ses besoins.

Nous ignorons quels motifs se sont opposés à la discussion du projet.

Digitized by Google

La question restait donc soulevée et non résolue au moment où éclata la révolution de 1848.

Les temps troublés par les discordes civiles sont surtout propices aux malfaiteurs, et l'on remarque la présence des repris de justice dans toutes les commotions violentes de cette époque.

Quatrième période. — Tel était l'état des choses, lorsqu'à la suite des événements du 2 décembre 1851 un décret présidentiel trancha la question dans le sens indiqué par la Chambre des pairs, et convertit en loi la proposition primitive de MM. Beugnot et Boullet. L'article 3 de ce décret est la reproduction textuelle du premier paragraphe de cette proposition [1].

De plus, l'article 1er modifiant la pénalité en matière de rupture de ban, autorise le gouvernement à transporter, par mesure de sûreté générale, dans une colonie pénitentiaire, à Cayenne ou en Algérie pour un temps dont la durée peut varier de cinq à dix ans au plus, tout individu placé sous la surveillance de la haute police qui sera reconnu coupable de rupture de ban.

Le séjour de Paris et celui de la banlieue sont interdits à tous les individus placés sous la surveillance de la haute police sous peine d'être soumis à la transportation, par mesure de sûreté générale, dans une colonie pénitentiaire, à Cayenne ou en Algérie.

Les transportés sont assujettis au travail sur l'établissement pénitentiaire ; ils sont privés de leurs droits civils et politiques et soumis aux lois comme à la juridiction militaire, avec une pénalité spéciale en cas d'évasion.

L'organisation de ces colonies pénitentiaires devrait être réglée par des décrets du pouvoir exécutif. En tant qu'applicables aux condamnés par la justice, ces décrets n'avaient rien qui excédât la gravité du mal signalé par les magistrats, rien qui dépassât soit les remèdes indiqués par les criminalistes, soit les pratiques anciennes ou nouvelles de presque tous les gouvernements de l'Europe [2].

[1] Décret du 8 octobre 1851.

[2] Voyez le résumé de ce qui concerne les colonies pénales dans le *Dictionnaire général de la politique* de M. Block, vie COLONIES PÉNALES.

Digitized by Google

Le décret de 1851 comptait dix-huit années d'existence, lorsqu'à l'avénement du ministère Olivier le gouvernement résolut d'en proposer l'abrogation, et l'auteur de cette étude fut chargé de faire au Conseil d'État le rapport sur un projet de loi ainsi conçu :

Article unique. Est abrogé le décret des 8-12 décembre 1851.

Il n'avait assurément aucune objection à élever contre l'abrogation pure et simple de la partie du décret qui assimilait aux repris de justice les individus reconnus coupables d'avoir fait partie d'une société secrète. Cette disposition était depuis longtemps tombée en désuétude, et, dès l'année 1864, un ministre déclarait à la tribune du Corps législatif qu'il fallait le regarder comme complétement abrogé. « Depuis l'amnistie « (1859), disait-il, il n'a reçu aucune application et n'en re- « cevra plus [1]. » Mais il n'en était pas de même en ce qui concerne les dispositions remplaçant l'article 44 du Code pénal. Abrogé en 1851, cet article, dans l'opinion du rapporteur, ne revivait pas de plein droit par l'abrogation du décret du 8 décembre, et il dut faire remarquer que la surveillance allait se trouver sans règles entre deux textes abrogés; il dut insister pour que le régime auquel seraient désormais soumis les individus placés sous la surveillance de la haute police fût étudié de nouveau.

Le ministre était pressé par des considérations politiques et parlementaires [2]; cependant il dut consentir à ces études et consulter les préfets ainsi que les procureurs généraux sur cette grave question.

Comme il était facile de le prévoir, plusieurs des procureurs généraux, consultés sur le mode d'exécution de la surveillance légale, ne se sont pas renfermés dans cette unique question : ils ont porté leur attention sur la pénalité elle-même. Ils se sont demandé quel est le motif et quelle est l'efficacité de cette mesure accessoire qui s'attache à la condamnation, survit à la peine et paraît plus rigoureuseuse qu'elle.

C'est même dans le jugement qu'ils ont porté sur le mérite

[1] M. Rouland, séance du 24 janvier 1864, *Annales parlementaires*, p. 173.

[2] Dès le 22 décembre 1869, M. Picard et autres députés avaient déposé un projet de loi qui, entre autres dispositions et sans plus de prévoyance des conséquences abrogeait, sans lui rien substituer, le décret du 8 décembre 1851.

Digitized by Google

juridique de la surveillance qu'ils ont trouvé la raison de l'opinion à émettre sur le mode plus ou moins rigoureux de l'exécution légale. Les uns veulent augmenter les droits de l'administration, parce qu'ils attachent un haut prix à cette surveillance sévèrement appliquée; les autres veulent accroître la liberté du surveillé, parce que la gêne qu'il éprouve leur paraît un obstacle à son amélioration morale et à son travail.

Ainsi se trouve posée tout d'abord cette première question:

La surveillance légale est-elle une mesure justifiée et efficace? Faut-il la maintenir telle que le Code pénal l'a organisée ou en modifier l'application?

Dix-sept procureurs généraux sur vingt-cinq approuvaient expressément, par des considérations développées, ou admettaient sans discussion le principe de la surveillance légale, son application comme accessoire de certaines condamnations.

Huit, sans demander formellement l'abrogation de cette mesure, en signalaient les inconvénients et indiquaient des modifications qu'il leur paraîtrait opportun d'introduire, non-seulement dans le mode d'exécution, mais encore dans le mode de la prononcer.

Presque tous constataient que les tribunaux éprouvent une assez vive répugnance à la prononcer et ne l'appliquent que lorsque les exigences du texte ou la situation particulière des condamnés les y contraignent.

Des documents statistiques invoqués par plusieurs de ces magistrats, il ressort que, de 1842 à 1864, le nombre des condamnations à la surveillance a oscillé entre 2,169 (1845) et 5,199 (1852).

L'année 1842 présentait le chiffre de.	2,787
L'année 1867 donne celui de..	2,960

Mais les condamnations pour rupture de ban ont suivi une marche ascendante bien caractérisée, car

L'année 1842 compte. . .	2,972	condamnés.
Et l'année 1867.	4,196	—

L'un des procureurs généraux ne peut s'expliquer (Dijon) cet accroissement; un autre l'explique (Lyon) par cette con-

Digitized by Google

sidération « *que, plus le mode de surveillance est devenu rigoureux, moins les condamnés se sont montrés disposés à s'y soumettre, et plus, au contraire, ils ont fait d'efforts pour tenter de s'affranchir.* »

L'opinion de quatre-vingts préfets a été communiquée au Conseil d'État. Quarante-sept pensent, par des considérations diverses, que le retour à la législation de 1832 est préférable au régime du décret de 1851 ; trente-trois émettent au contraire l'avis que les dispositions de l'article 3 de ce décret doivent remplacer l'article 44 du Code pénal.

Mais, ainsi que les procureurs généraux, ils accompagnent ces conclusions de plusieurs distinctions dont il est bon de tenir compte et qu'on ne peut apprécier qu'en rappelant la manière dont l'administration usait du droit de désigner la résidence du surveillé.

L'administration laisse toujours au libéré l'initiative du choix de sa résidence. « Le détenu est appelé, quelque temps « avant sa libération, à souscrire une déclaration par laquelle « il fait connaître la localité où il désire que sa résidence soit « fixée.

« La plupart du temps l'administration supérieure approuve « le choix de cette résidence, excepté dans le cas, assez rare, « où il s'agit d'individus condamnés pour attentat aux mœurs, « incendie, assassinat, et dont le retour, au lieu où le crime « a été commis, peut faire craindre des dangers. L'adminis- « tration alors use de son droit et leur assigne une autre ré- « sidence. »

Partant de cette pratique, quelques préfets pensent qu'elle peut être maintenue sous l'empire du Code pénal par la raison que l'administration ayant le droit d'interdire au libéré où il ne doit point paraître, et celui-ci étant tenu de désigner celui qu'il choisit avant sa libération, l'administration a le droit d'approuver ou de ne pas approuver ce choix, et tel est le motif de leur opinion en faveur du régime adopté en 1832[1].

D'autres, et la direction de sûreté générale paraît être de cet avis, ne donnent pas à l'article 44 du Code pénal une portée aussi restreinte, aussi personnelle. Ils pensent que l'interdiction par cet article doit procéder par désignations gé-

[1] Tarn, Morbihan, Lot.

Digitized by Google

nérales applicables à tous les condamnés et non spéciales à chaque libération.

Le dernier paragraphe de cet article, qui permet au surveillé de changer de résidence à la suite d'une déclaration faite seulement trois jours à l'avance rendent bien difficile une instruction sur le plus ou moins de raison que le gouvernement peut avoir d'interdire le séjour de la localité désignée.

Aussi, dans ce système propose-t-on, en faisant revivre l'article 4, de le modifier en ce sens que le choix de la résidence soit soumis à *l'approbation de l'administration*[1].

Des réponses des préfets il résulte donc que si la majorité demande le retour à l'article 44 du Code pénal de 1832, huit d'entre les membres de cette majorité en sollicitent ou en supposent l'interprétation dans un sens qui est une véritable modification et que trente-trois en repoussent absolument le système.

Donc quarante et un sont d'accord pour solliciter ou rendre nécessaire une modification législative.

S'inspirant de toutes ces opinions et des faits constants, le rapporteur fit remarquer que la question soulevée était trop sérieuse pour ne pas appeler la méditation du conseil, et, dans le but de préparer une discussion approfondie, il soumit aux sections réunies de l'intérieur et de législation un projet de résolution destiné à remplacer l'article 2 du décret de 1851 et à devenir l'article 44 du Code pénal.

« Le point de départ de ce projet, disait-il dans une note distribuée à l'appui[2], est la reprise de l'article 44 du Code pénal, toutes les questions relatives au principe de la surveillance légale et aux cas où il convient de l'appliquer étant réservées.

« Dictée par un esprit de confiance dans le libéré, cette disposition lui laisse la liberté du choix de sa résidence pour ne pas lui imposer une gêne inutile, pour lui permettre d'aller où il trouve plus avantageux d'habiter.

« Cette confiance, au début, semble justifiée; le législateur peut et doit supposer chez le libéré le désir de vivre ré-

[1] Bas-Rhin, Moselle, Lot, *Loire-Inférieure.*

[2] 10 avril 1870.

Digitized by Google

gulièrement à l'avenir, tout en prenant à son égard certaines mesures de prudence. On satisfait ainsi au vœu exprimé par la majorité des procureurs généraux.

« Mais le législateur de 1832 s'est montré imprévoyant en laissant cette liberté égale pour le libéré qui obéit à la loi et pour celui qui, par de fréquentes ruptures de ban, se met en révolte contre elle, et lasse la justice, comme il inquiète la société par la fréquence de ses retours devant la police correctionnelle.

« Pour celui-là la perte d'une faculté dont il abuse est une répression légitime; il convient de donner à l'autorité judiciaire, au moment où elle prononce sur ces ruptures de ban, le droit de priver le surveillé du choix de la résidence et de subordonner celle-ci à la désignation du gouvernement.

« Ces deux dispositions sont les extrêmes du système proposé; au début liberté relative et confiance, à la fin sévérité et répression contre le délinquant persistant et incorrigible.

« Mais entre ces deux extrêmes il est possible d'admettre des adoucissements dans le mode d'exercice de la surveillance et d'indiquer des degrés par lesquels le surveillé arrivera progressivement à une complète libération.

« Pour bien saisir cette organisation, il faut se rappeler que la surveillance n'est pas une peine, mais une incapacité, et qu'elle échappe au droit de *grâce* pour ne cesser que devant la *réhabilitation*.

« Or, les reproches faits à la surveillance reposent principalement sur le caractère perpétuel de la mesure à la suite de certaines condamnations et sur l'impossibilité pour le surveillé d'en abréger la durée, qu'elle soit temporaire ou perpétuelle.

« Précaution prise par la société contre un danger possible, elle subsiste même quand la conduite du condamné écarte toute crainte de ce danger.

« Pourquoi ne ferait-on pas cesser ce reproche en transformant la précaution uniforme inflexible en une mesure réfléchie, intelligente, à laquelle prendrait part le condamné pour la rendre inutile par sa bonne conduite, et la justice pour en apprécier l'effet et en régler la durée?

« De là deux propositions : le condamné ayant choisi sa résidence, s'étant mis au travail, trouve un ami ou une so-

Digitized by Google

ciété de patronage qui lui sert de caution. Le tribunal est en ce cas appelé à suspendre l'effet de la surveillance personnelle à l'épreuve et à substituer une confiance provisoire à une défiance dangereuse[1].

« Le principe de la caution était dans le Code de 1810. La législation de cette époque avait bien compris que la surveillance, simple accessoire commandé par un intérêt de police, ne pourrait être raisonnablement imposée à celui qui offrirait une garantie pour ses actes à venir. Seulement il s'était trompé en plaçant cette garantie dans une somme d'argent. C'était trop pour le pauvre et pas assez pour le riche. La proposition nouvelle procède de l'ordre moral et favorise la formation des sociétés de patronage en leur reconnaissant une influence active et salutaire sur l'avenir du condamné.

« La seconde proposition dérive du même principe : une législation dont le but est d'améliorer en punissant, ne saurait édicter une incapacité perpétuelle, une tache d'infamie ineffaçable. Il est bon que la justice après avoir, en frappant le passé, pris des précautions contre le retour du crime, réserve l'avenir et puisse rendre temporaire ce qui était perpétuel à l'origine ou abréger ce qui avait une trop longue durée.

« Le projet est d'ailleurs complété par une juste sévérité envers le récidiviste.

« Ici se place une observation : Pourquoi donner ce droit aux tribunaux ? La réponse est simple. La surveillance étant une incapacité et non une peine, la grâce ne lui est pas applicable, elle cesse seulement par la réhabilitation, et celle-ci, sauf sa forme dernière, est tout entière dans le domaine de la justice, dont l'analogie appelle ici le concours.

« Les tribunaux, d'ailleurs, ont prononcé la peine, le dossier est entre leurs mains, les moyens d'information leur sont faciles, et ils sont moins exposés que l'administration à des sollicitations qu'il convient d'éconduire dans l'ordre des idées qui justifient le projet présenté.

« Ce projet partage entre le tribunal de première instance et la Cour d'appel le droit de prononcer sur les adoucisse-

[1] Autoriser même l'administration à dégager provisoirement de la surveillance ceux qui par leur repentir et leur bonne conduite se seraient montrés dignes de cette faveur. (Opinion du procureur général de Caen.)

Digitized by Google

ments ou la suppression de la surveillance, par une raison facile à comprendre :

« La réception d'une caution, la simple suspension de la surveillance, sont des faits temporaires et dont il faut rendre la perpétration facile. Le libéré doit obtenir promptement et sans retard ce qu'il demande.

« Au contraire, abréger par une décision définitive la durée de la surveillance ou la faire cesser définitivement, équivaut à une réhabilitation partielle, et la plus haute juridiction seule est apte à statuer. »

A la suite de cet exposé, le rapporteur proposait la rédaction suivante :

Article 1er. Est abrogé le décret des 8-12 décembre 1851.

Art. 2. L'article 44 du Code pénal est modifié ainsi qu'il suit :

Art. 44. L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police sera de donner au gouvernement le droit de déterminer certains lieux dans lesquels il sera interdit au condamné de paraître après qu'il aura subi sa peine. En outre, le condamné devra déclarer, avant sa mise en liberté, le lieu où il veut fixer sa résidence ; il recevra une feuille de route réglant l'itinéraire dont il ne pourra s'écarter, et la durée de son séjour dans chaque résidence et la durée de son séjour dans chaque lieu de passage. Il sera tenu de se présenter, dans les vingt-quatre heures de son arrivée, devant le maire de la commune. Il ne pourra changer de résidence sans avoir indiqué, toujours à l'avance, à ce fonctionnaire le lieu où il se propose d'aller habiter, et sans avoir reçu de lui une feuille de route.

Pourront les Cours impériales de la résidence du condamné ou dans le ressort duquel la condamnation aura été prononcée, sur la demande de l'assujetti à la surveillance légale et le ministère public entendu :

1° Rendre *temporaire*, pour un délai qu'elles fixeront par leur arrêt, l'assujettissement à la surveillance à vie, en faveur de celui qui justifiera : 1° d'une conduite irréprochable pendant trois années depuis sa libération; 2° d'un séjour fixe dans une ou plusieurs communes, mais pour des motifs justifiés depuis la même époque ; 3° de moyens d'existence ou de travail suffisants ;

Digitized by Google

2° *Abréger la durée* de la surveillance temporaire des assujettis qui justifieraient d'une conduite irréprochable et d'un séjour fixe dans la commune par eux choisie depuis une année au moins, à partir de leur libération.

Pourront les tribunaux de première instance de la résidence du surveillé, pourvu que cette résidence remonte au moins à six mois, suspendre l'effet de la surveillance au profit de celui-ci, lorsqu'il présentera comme caution de sa bonne conduite une personne domiciliée, de bonnes vie et mœurs, ou une société de patronage reconnue comme établissement d'utilité publique.

Les décisions ci-dessus seront rendues par la chambre de mise en accusation des Cours d'appel et par la chambre des conseils, dans les tribunaux de première instance, sans ministère d'avoués et sans frais.

A défaut par le surveillé ou sa caution de justifier de la résidence et de la conduite à toute réquisition de l'autorité judiciaire, comme en cas de condamnation nouvelle pour crime, délit ou contravention, la surveillance reprendra immédiatement et de plein droit son effet.

Les assujettis à la surveillance condamnés pour rupture de ban peuvent être déclarés par le jugement qui les condamne, déchus de la faculté à eux accordée par le § 1er du présent article et obligés à rester dans le lieu qui leur sera fixé par l'administration, sans pouvoir le quitter autrement qu'avec son autorisation.

Assez vivement discuté dans l'intérieur des sections, ce projet ne fut pas soumis à l'assemblée générale du Conseil d'État par suite de l'insistance du ministre de la justice. Indépendamment du désir de saisir promptement le Corps législatif de la loi abrogative du décret du 8 décembre 1851, M. Olivier voulait entreprendre une réforme générale de nos lois criminelles, et il avait même institué une commission, siégeant à la Chancellerie, pour préparer les éléments de cette réforme. On fit valoir en son nom l'inopportunité d'une réforme partielle, et l'on demanda le retour pur et simple à la législation de 1832.

Le Conseil, en cédant à cette considération, consigna néanmoins, dans un avis, les principaux résultats de la discussion et appela l'attention du gouvernement sur l'opportunité de

Digitized by Google

chercher la solution du problème de la surveillance légale ailleurs que dans un mouvement de bascule entre le Code de 1810 et le système de 1832.

En conséquence, le projet de loi fut présenté au Corps législatif en deux articles seulement[1] :

Art. 1er. Est abrogé le décret des 8-12 décembre 1851.

Art. 2. L'article 44 du Code pénal est remis en vigueur.

L'exposé des motifs a soin de faire remarquer que cette solution ne répondait à aucune des justes critiques adressées à tous les modes d'exercer la surveillance légale et de réserver, pour l'époque de la révision générale du Code pénal, un examen ultérieur et décisif.

La commission du Corps législatif s'associa à cette opinion, et le rapport déposé par M. Bastid[2] contient les mêmes réserves : « Tout commande d'y revenir (Code pénal de 1832), « avec d'autant plus de raison qu'ici il n'est pas permis d'a- « journer la solution, et qu'une étude nouvelle, par le carac- « tère mixte de la surveillance, mesure préventive et pénale « tout à la fois, se rattache par bien des points à l'examen, « qui n'est pas possible en ce moment, de l'ensemble de notre « système pénitentiaire et des œuvres charitables. »

Tout était donc préparé pour l'abrogation du décret du 8 décembre 1851 et la mise en vigueur de l'article 44 du Code pénal lorsque éclata la révolution du 4 septembre ; le Corps législatif fut dispersé avant d'avoir pu voter.

Quelques jours après parut le singulier décret que nous allons transcrire, émané du gouvernement de la défense nationale.

« Considérant que si le décret du 8 décembre 1851, concernant les individus placés sous la surveillance de la haute police et les individus reconnus coupables d'avoir fait partie d'une société secrète et les dispositions de la loi de sûreté générale du 27 février 1858 encore en vigueur[3], ont été *virtuellement* abrogés par la révolution de ce jour, il importe de

[1] Mai 1870.

[2] 9 juin 1870.

[3] Le Corps législatif avait voté l'abrogation de cette loi et un rapport tendant à l'adoption de la loi abrogative avait été fait au Sénat par M. de Mornay avant les événements de septembre.

Digitized by Google

confirmer expressément cette abrogation afin qu'aucun doute ne puisse s'élever sur leur disparition totale;

« Décrète : Art. 1er. Le décret du 8 décembre 1851 et la loi du 27 février 1858 survisés sont abrogés.

« Art. 2. *L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police sera ultérieurement réglé.* »

Le temps ni les hommes n'étaient propices à l'étude sérieuse que promettait l'article 2, et de fait rien ne fut tenté à cet égard. Les repris de justice, les surveillés abondèrent à Paris, qui a toujours été leur séjour de prédilection. On sait quel rôle ils ont joué et de quel côté ils se sont rangés dans nos troubles civils.

La Cour de Rouen, par une de ces décisions qui, suivant la remarque de M. Dalloz, « se justifient plus par la gravité des « périls dont l'ordre public était menacé que par le principe « admis jusqu'ici en matière d'abrogation des lois [1], » a jugé que l'abrogation du décret de 1851 fait virtuellement revivre l'article 44 du Code pénal, et que ce texte doit dorénavant régir la surveillance légale. S'emparant de cette décision, le ministère de l'intérieur, par une circulaire du 4 novembre 1871, a prescrit aux préfets d'appliquer cette législation aux surveillés, et c'est ainsi que se trouve de fait remis en vigueur l'article 44, dont l'Empire proposait également le rappel, mais à titre provisoire et en vertu d'une disposition spéciale qui paraissait nécessaire tant au Conseil d'État qu'à la commission du Corps législatif.

Il n'entre pas dans notre intention de discuter le point de droit très-délicat tranché sur l'arrêt de Rouen et la circulaire ministérielle; le plus ou moins de légalité du régime actuel

[1] Dalloz, 1848 (3e partie, p. 76), à propos de la circulaire du ministre de la justice du 8 juillet 1848 relative à la législation sur la presse. Cette circulaire décide que l'abrogation prononcée par le décret du gouvernement provisoire du 6 mars 1848 de la loi du 9 septembre 1835 a fait revivre les dispositions des lois antérieures que cette dernière abrogeait.

On peut invoquer à l'appui un arrêt de la Cour de cassation du 8 février 1850 (Dalloz, 1870, 1re partie, p. 69); mais d'une part la question ne paraît pas avoir été discutée devant la Cour, et de l'autre le décret du gouvernement provisoire se prêtait à cette interprétation puisqu'il portait que les lois sur la presse continueraient à recevoir leur exécution, donnant ainsi une sanction nouvelle aux textes abrogés par la loi de 1835.

Digitized by Google

de la surveillance est un fait secondaire en présence des doutes que fait naître le principe lui-même [1].

Nous avouons que, malgré les efforts personnels que nous avons faits à une autre époque pour améliorer l'exercice de la surveillance de la haute police, nos doutes sur l'utilité et l'efficacité de cette mesure vont sans cesse en augmentant.

Depuis 1810, trois systèmes différents ont été successivement adoptés; de chacun on s'est promis de bons effets, et de chacun on n'a recueilli que des déceptions : déceptions à l'égard des libérés dont la surveillance entrave, dit-on, le retour au bien; déceptions à l'égard de la société, pour qui les surveillés restent une charge et un danger et qui est affligée par le nombre toujours croissant des récidives.

Comme moyen d'amélioration, la surveillance est donc impuissante, et sans admettre, avec les déclamations des romanciers, qu'elle engendre le crime et le désespoir, il faut bien reconnaître qu'elle n'en prévient pas le retour. C'est par d'autres causes plus générales que les récidives se produisent.

Comme mesure de *précaution*, a-t-elle plus d'efficacité?

Étant donné que le surveillé a conservé tous ses instincts pervers, il est difficile de comprendre quelle garantie la société peut trouver dans la surveillance telle qu'elle est organisée par l'article 44 du Code pénal.

Le libéré choisit sa résidence et est tenu d'y fixer son do-

[1] Pendant l'impression de cette étude, la commission chargée par l'Assemblée nationale de rechercher, parmi les décrets législatif, ceux qui ont un caractère temporaire et de signaler ceux du décret définitif du même gouvernement qu'il serait urgent de rapporter ou de modifier, a déposé son rapport, (séance du 24 février, *Journal officiel* du 18 avril 1872, page 2608, annexe n° 928).

Ce rapport confirme les doutes que nous avons indiqués sur la situation légale des surveillés et sur l'autorité de l'ancien article du Code pénal. Le passage suivant résume l'opinion motivée de la commission :

« Si le gouvernement de la défense nationale s'était borné à supprimer le décret de 1851, peut-être aurait-on pu prétendre que la disposition du Code pénal avait repris sa vigueur. Mais cette thèse ne serait pas admissible, car les auteurs du décret ont nettement exprimé une volonté contraire, en annonçant que les effets du renvoi sous la surveillance de la haute police seraient ultérieurement réglés.

De cet exposé il résulte qu'il n'existe aujourd'hui aucune disposition légale réglementant l'une des mesures qui intéressent au plus haut degré la sûreté générale. »

Digitized by Google

micile; mais là se borne son assujettissement. Tant qu'il reste dans cette résidence, la police n'a aucune investigation spéciale à exercer sur lui.

Mais a-t-elle au moins un moyen pratique de s'assurer que le libéré ne quitte pas la résidence assignée? Comment constater cette présence alors que les chemins de fer permettent, en vingt-quatre heures, l'aller et le retour en franchissant de grandes distances; lorsque le télégraphe et les télégrammes peuvent établir les plus rapides communications; lorsque tout conspire enfin pour rendre la surveillance impuissante si elle est strictement légale, odieuse si elle devient inquisitoriale?

Pour les libérés d'un ordre inférieur et auxquels les chemins de fer et le télégraphe sont interdits, faute de ressources, reste la faculté illimitée de changer de place sans autre obligation qu'une déclaration faite trois jours à l'avance et la possibilité de se maintenir ainsi dans un état perpétuel de mobilité. Quiconque a administré a eu à constater l'habitude de certains libérés qui se meuvent sans cesse d'un bout de la France à l'autre : ils n'arrivent dans un lieu que pour y être une charge et en repartir trois jours après, au grand contentement et souvent sous l'excitation des municipalités.

A la vérité, le gouvernement a la faculté d'interdire certains lieux de séjour aux libérés, et il use de ce droit. La statistique judiciaire et les troubles publics révèlent comment cette interdiction est obéie par le nombre des individus en rupture de ban qu'on arrête journellement à Paris, par le nombre de ceux qu'on trouve, au premier rang, dans les troubles intérieurs.

Évidemment, lorsqu'on s'occupera sérieusement de la révision de nos lois pénales, le problème de la surveillance légale réclamera une autre solution qu'un retour de bascule au système de 1832.

Si l'on maintient pour la société le droit assez contestable de frapper d'une suspicion l'homme qui a expié sa faute par la peine qu'il a subie; si l'on ne cherche pas dans la sévérité bien plus justifiable des peines de la récidive la garantie sociale, on sera conduit à modifier la surveillance quant aux circonstances qui l'autorisent et quant au mode d'exercice.

Le Code pénal de 1810 et les lois postérieures ont prodigué cette mesure.

Tantôt elle est l'accessoire obligé de certaines peines et

Digitized by Google

dure autant que la vie du condamné (travaux forcés, détention, reclusion), ou pour un temps égal à la durée de la peine (bannissement);

Tantôt les juges peuvent la prononcer pour les crimes et délits qu'ils déclarent constants[1].

Beaucoup de ces délits ne justifient point une pareille mesure, et comme il faudra de toute nécessité, si on la maintient, soumettre le libéré à des obligations rigoureuses, pour le rendre efficace il faudra en restreindre l'application.

Sans abandonner entièrement le système que nous avons soutenu devant le Conseil d'État, nous inclinons à le modifier, en ce sens que la surveillance ne devrait être prononcée qu'en cas de récidive; c'est à ce moment seul que la société a la preuve d'une perversité persistante et peut légitimement se précautionner contre elle.

Mais nous voudrions que dans ce cas le système que nous avons projeté fût aggravé et pût, suivant le cas, permettre à l'autorité judiciaire d'ordonner la transportation de celui qui par ses révoltes continuelles a suffisamment prouvé qu'il n'accepte pas les lois de la société au milieu de laquelle il vit.

On n'oubliera pas que par contre nous ouvrons une porte au repentir et que nous indiquons les moyens d'adoucir et même de faire cesser la mesure.

Que ce soit là la solution définitive, nous sommes loin de le prétendre, et tout ce que nous pouvons espérer de cet examen, c'est qu'il en provoque d'autres et prépare ainsi la réforme d'une grave disposition de notre législation pénale.

S. MIGNERET.

[1] Crimes et délits contre la sûreté de l'État (art. 75 à 108);
Contrefaçon et altération de monnaie (art. 138);
Évasion de détenus (art. 246);
Vagabondage (art. 271);
Mendicité (art. 282);
Menaces sous condition (art. 308);
Avortement (art. 317);
Attentats aux mœurs (art. 335);
Homicides excusables (art. 326);
Vols simples (art. 401);
Coalitions (art. 416);
Manœuvres pour opérer la hausse des marchandises (art. 419-420);
Destruction de récoltes (art. 444);
Empoisonnement d'animaux (art. 452).

Digitized by Google

DE L'ENSEIGNEMENT DU DROIT.

Par M. Naquet,
professeur agrégé à la Faculté de droit d'Aix.

Les questions d'enseignement s'imposent plus sérieusement que jamais à notre attention. Après les désastres nationaux et les pertubations sociales que nous venons de subir et dont l'ignorance, en haut comme en bas, a été le principal agent, nous devons signaler, partout où elle se produit, l'insuffisance de l'instruction, et faire effort pour y porter remède.

Les pouvoirs publics ont déjà pris l'initiative des réformes les plus urgentes, en préparant la loi sur l'obligation de l'instruction primaire. L'enseignement secondaire et l'enseignement supérieur sont aussi l'objet de sérieuses enquêtes, et une commission a été spécialement formée pour étudier les réformes à introduire dans l'enseignement du droit.

Cette dernière question présente une importance exceptionnelle, car les études juridiques donnent accès à la plupart des fonctions publiques ; elles préparent la mission du juge, et leur insuffisance peut produire pour les intérêts publics et privés les plus regrettables conséquences.

Et pourtant, cette insuffisance est réelle ; tout le monde admet aujourd'hui que le diplôme de licencié en droit, seul titre qui soit légalement exigé pour les postes les plus difficiles, n'implique par lui-même aucune connaissance approfondie des matières juridiques indispensables à posséder. Le niveau de ces études, peu élevé d'après les programmes de l'enseignement, est encore abaissé par un système défectueux d'épreuves qui supprime les dernières garanties.

Certains esprits croient trouver le remède au mal dans la liberté de l'enseignement supérieur ; ils pensent qu'elle établira une utile concurrence et fera naître l'émulation qui fortifie et développe l'intelligence. Mais il nous semble qu'on se fait une étrange illusion lorsqu'on s'imagine qu'il suffira de déclarer l'enseignement supérieur libre pour rendre à nos Facultés l'éclat dont elles brillaient jadis. La liberté de l'enseignement peut être un stimulant utile, mais à elle

Digitized by Google

seule elle resterait impuissante à transformer les études de droit; je vais même plus loin : elle ne peut être utile qu'à la double condition d'exiger de la part des professeurs libres des garanties de capacité (le diplôme de docteur en droit, par exemple, pour l'enseignement du droit), et de réserver à l'État le droit exclusif de délivrer des diplômes. S'il en était autrement, la société serait sans force pour lutter contre un mercantilisme scientifique qui prendrait de larges proportions. Les élèves se presseraient autour de simples fabricants d'examen, dont les cours ne seraient que la reproduction amplifiée de manuels incomplets et inexacts. Les vrais savants, les jeunes professeurs qui, à l'instar des *privat docent* allemands, voudraient se livrer à des études sérieuses, n'auraient que quelques auditeurs d'élite.

En outre, le droit de délivrer des diplômes reconnu aux Facultés libres, engendrerait une concurrence qui serait nuisible au lieu d'être utile. Les Facultés supérieures disparaîtraient bien vite à cause du petit nombre de ceux qui dans tout pays désirent savoir pour savoir, et le niveau de l'enseignement supérieur descendrait encore. L'expérience est là pour nous démontrer l'exactitude de cette assertion : Aux États-Unis, les Facultés privées ont depuis longtemps le droit d'accorder des diplômes, et rien n'est plus facile, dans ce pays, que d'acquérir un titre sans posséder des connaissances suffisantes.

Tournons donc nos regards d'un autre côté, et sans dédaigner le secours que peut nous apporter la liberté de l'enseignement supérieur, recherchons par quels moyens l'État peut fortifier les études juridiques.

Les réformes que je vais signaler se rapportent : 1° au système des examens ; 2° au nombre et au personnel des Facultés de droit; 3° aux matières de l'enseignement.

§ 1er. — *Des examens.*

Actuellement les examens de droit ne sont pas assez sérieux. Quand un élève ignore les principes essentiels d'une matière, on passe à un autre sujet, et s'il a le bonheur de se rappeler quelques formules incomprises, de bégayer une demi-réponse,

Digitized by Google

il a dit quelque chose et ne peut être ajourné. Je n'oublierai de ma vie la déception que j'ai eue à mes débuts. J'avais vu de près la paresse de mes camarades alors que j'étais encore sur les bancs de l'école, mais il ne me serait jamais venu à l'idée qu'on pût pousser si loin l'ignorance. Je me demandais si je continuerais ma carrière. N'est-il pas inutile, me disais-je, de travailler pour obtenir de pareils résultats? Ce sentiment de mon inutilité, qui m'avait fait un instant abandonner les Facultés, je l'ai rencontré chez beaucoup de mes collègues, et il finit par entraîner le dégoût de la science, par énerver les plus légitimes ambitions.

Il ne sera peut-être pas inutile de donner un tableau comparatif des admissions et des ajournements dans les Facultés des lettres et des sciences, d'une part, et dans les Facultés de droit, de l'autre. On y verra que la distance est grande entre le nombre des élèves ajournés par la Faculté des lettres ou des sciences et par la Faculté de droit. Il n'en résulte pas la preuve irrésistible de la sévérité relative des professeurs de la Faculté des lettres ou des sciences. On pourrait dire que les matières sont différentes et plus difficiles pour le baccalauréat ès sciences ou ès lettres que pour la licence en droit, ce qui expliquerait la différence des résultats. Mais si l'on réfléchit que les ajournements prononcés par les Facultés des lettres et des sciences le sont surtout à l'examen écrit, et si l'on ajoute qu'il n'y a pas d'examen écrit chez nous, on devra reconnaître, je crois, que nous sommes plus indulgents. Au surplus la preuve de cette indulgence poussée à l'excès est faite depuis longtemps dans le public, et c'est pour cela qu'on attache si peu d'importance au titre de licencié en droit.

L'état comparatif que je vais donner se trouve dans un compte rendu publié par le ministre de l'instruction publique, en 1863. Je n'ai pas pu me procurer des renseignements complets plus récents, mais j'ai acquis la certitude, en parcourant les rapports de plusieurs doyens des Facultés, publiés dans les années suivantes, que la moyenne des ajournements et des admissions n'avait pas varié d'une manière sensible. Je puis donc me servir utilement de ce document qui nous fournit les résultats suivants :

Les Facultés des sciences ont examiné 6,517 élèves, dont 3,522 ajournés et 2,999 reçus; admissions, 46 p. 100.

Digitized by Google

Les Facultés des lettres ont examiné 6,552 élèves, dont 3,251 ajournés et 3,301 reçus; admissions, 50 p. 100.

Les Facultés de droit ont examiné 5,624 élèves, dont 979 ajournés et 4,645 reçus; admissions, 83 p. 100.

Voilà des chiffres! Ils parlent assez haut pour se passer de commentaires.

L'indulgence extrême des professeurs de la Faculté de droit entraîne des conséquences funestes; il est indispensable d'y rémédier et d'exiger des élèves, non plus l'apparence, mais la réalité du savoir. Pour atteindre ce but, il faut avant tout rendre les examens sérieux, difficiles même, en sorte que tous ceux qui n'ont pas travaillé et tous ceux qui manquent d'intelligence soient impitoyablement ajournés.

On m'a objecté quelquefois que ce serait un moyen impuissant à relever le niveau des études.

Les examens, dit-on, sont ce que les font les élèves. Par une loi fatale le niveau des examens s'abaisse quand le niveau des études s'abaisse. Un examinateur entouré d'élèves instruits refuse celui qui sait le moins. Un examinateur entouré d'élèves ignares reçoit celui qui n'est pas aussi complétement ignorant, et cela est inévitable, car le professeur ne possède ni poids ni mesures absolus et juge toujours par comparaison.

Cette objection peut être vraie en un sens. Il est certain que si l'enseignement est très-élevé, si des professeurs font des cours remarquables, les bons élèves passeront d'excellents examens, tandis qu'ils passeront des examens médiocres si les cours sont eux-mêmes médiocres. Mais quel argument peut-on en tirer contre nous? Est-ce à dire, qu'étant donné un certain niveau d'études, les élèves ne travailleront pas plus si les examens sont sérieux que s'ils sont insignifiants? Nullement. On prouve une seule chose, de toute évidence d'ailleurs, c'est que les bons professeurs font les bons élèves, on ne prouve en rien que la difficulté des examens est impuissante à exciter au travail. Le simple bon sens suffirait pour prouver le contraire; mais on peut fournir une démonstration plus sensible. Les étudiants en droit travaillent très-peu, en général, pendant leur licence; ils tardent à ouvrir leurs livres, renvoient de mois en mois, convaincus que l'examen est fa-

Digitized by Google

cile et qu'ils auront toujours assez de temps pour le préparer. J'en parle sciemment; ce que je dis je l'ai vu, je l'ai constaté hier encore. Plus tard, quand ils ont leur diplôme de licencié, un nombre assez considérable de ces mêmes étudiants se destine au doctorat. Oh! alors, les choses changent : persuadés que les examens de doctorat sont difficiles, les élèves se mettent résolûment au travail et parviennent à acquérir des connaissances réelles. Or ce sont les mêmes élèves, paresseux hier, qui travaillent aujourd'hui. Ce qui les pousse, ce qui les décide, c'est que les professeurs sont réputés sévères aux examens de doctorat. Cette idée ne les quitte pas, c'est elle qui revient sans cesse dans leurs conversations. Si je voulais développer davantage cet ordre d'idées, je pourrais rappeler que pendant leur licence même, les étudiants s'occupent avec un peu plus de soin des examens réputés un peu plus difficiles. Ainsi un étudiant de première année travaille moins qu'un étudiant de deuxième année.

D'ailleurs pourquoi chercher si loin? N'avons-nous pas à côté de nous l'exemple de l'École centrale, de l'École polytechnique, de l'École normale? Nous y voyons des examens répétés, sérieux, un enseignement bien distribué, et comme conséquence des élèves réellement distingués. Est-ce à dire que les professeurs soient plus instruits là que chez nous? Non certainement, car les Facultés de droit, celle de Paris surtout, comptent de vrais savants, des professeurs émérites. C'est donc en partie du moins au système des examens qu'il faut attribuer la force des études dans ces écoles. Partout où les examens sont insignifiants, les études sérieuses sont délaissées. Ainsi à l'École de médecine, où l'on suit la même méthode qu'à l'École de droit, on obtient des résultats déplorables. Mais c'est en vain qu'on s'efforcerait de conseiller la sévérité aux examinateurs; une circulaire ministérielle en ce sens ne produirait aucun résultat, elle viendrait se briser contre des traditions invétérées, contre de longues et vieilles habitudes. C'est le système des examens lui-même qu'il faut transformer. A mon avis, il conviendrait d'exiger des compositions écrites et de multiplier le nombre des examens.

J'estime que si l'on exigeait une dissertation écrite sur chacun des sujets traités par le professeur de l'année et si cette épreuve était rigoureusement éliminatoire, on rendrait

Digitized by Google

les études plus fortes et les examens plus justes. En effet, l'épreuve orale reste souvent incertaine, il est difficile d'englober dans une interrogation unique l'ensemble des matières et le plus souvent on se cantonne dans un sujet sans en sortir; si le hasard favorable a décidé l'élève à lire cette partie de son cours, il obtiendra une bonne note. Mais il y a plus : l'élève intelligent et hardi trouve souvent la réponse à faire sur les lèvres du professeur, dans la manière dont la question a été posée. En sens inverse, l'élève timide qui manque d'à-propos ou de vivacité, est inférieur à lui-même dans un examen oral. Ces inconvénients seront atténués par la dissertation écrite, de plus on apprendra aux élèves à développer méthodiquement leurs idées, à écrire de façon à être compris. On fait au système des compositions écrites un reproche assez grave, on prétend que la correction des copies peut présenter des abus. C'est un professeur seul qui dans le silence du cabinet compare et juge; ne sera-t-il jamais influencé par des relations d'amitié, par de puissantes recommandations? Au moins avec la pratique actuelle cet abus est peu à craindre, car le bureau d'examen se compose de plusieurs professeurs réunis.

Sans doute il peut y avoir là un danger, mais outre qu'il n'est pas aussi grave qu'on pourrait le supposer, car le plus souvent les élèves sont inconnus et se présentent sans être accompagnés de recommandations, on peut très-facilement l'éviter. Il suffit de faire tout au grand jour et de ne pas laisser à un seul professeur la correction des copies. Le procédé à suivre n'a pas besoin d'être inventé, il existe déjà dans d'autres branches de l'enseignement. Il existe pour les concours d'interne des hôpitaux. Le jury se réunit en séance publique et chaque candidat vient lire sa composition surveillée par un professeur ou un concurrent. C'est ainsi encore que l'on procède dans les concours d'agrégation devant la Faculté de médecine. Toutefois, si l'on voulait améliorer le système, il faudrait exiger un rapport spécial sur les compositions ; le rapporteur ne pourrait pas être tenté de commettre une injustice à cause de la lecture publique, et d'autre part on éviterait les inconvénients que présente la difficulté d'écouter longtemps avec soin, et de surveiller exactement le lecteur.

Il n'est pas impossible qu'on me fasse une autre objec-

Digitized by Google

tion, purement pratique celle-là. — Comment exiger des épreuves écrites dans l'état du personnel des Facultés! Passe encore pour la province ; mais à Paris les professeurs seront écrasés de travail, ils ne pourront même pas suffire à leur tâche.

Je répondrai plus loin en m'occupant du personnel des Facultés et j'indiquerai alors des moyens qui permettront de suppléer au défaut de temps.

Ainsi, la première réforme qu'il importe de réaliser consiste dans une épreuve écrite absolument éliminatoire à chaque examen, épreuve portant sur toutes les matières, ayant fait l'objet d'une branche distincte de l'enseignement. J'insiste sur le caractère éliminatoire des épreuves écrites ; si l'on se bornait à exiger des compositions sans les rendre éliminatoires, elles ne seraient pas même lues. C'est d'ailleurs ce qui a lieu pour la composition qui doit précéder le deuxième examen de licence.

Je voudrais ensuite qu'on multipliât le nombre des examens.

Les élèves de l'École centrale et de l'École polytechnique sont soumis à un régime qui fait d'eux des hommes instruits. Les examens sont distribués en deux catégories : examens mensuels, examens de fin d'année. Chaque mois les élèves doivent subir un examen portant sur les matières qui ont été enseignées dans le mois. A la fin de l'année ils doivent subir un examen de révision générale, ayant pour objet l'enseignement complet de l'année.

On calcule ensuite un coefficient au moyen des notes, des points, qui sont donnés à la suite des examens mensuels et de l'examen de fin d'année, sauf que ce dernier compte pour plusieurs examens mensuels. Supposons, par exemple, qu'on exige 30 points pour la réception finale et que les notes données tous les mois flottent entre un minimum de 1 à 4, tandis que les notes données à la suite de l'examen de fin d'année varient entre 1 et 12. L'élève qui aura obtenu moins de 18 points dans l'ensemble de ses examens mensuels ne pourra jamais arriver à la réception, celui au contraire qui sera parvenu à réaliser 26 ou 28 points sera à peu près certain du succès à l'examen final. Enfin, ceux dont les examens mensuels auront été médiocres auront la possibilité de

Digitized by Google

compenser la faiblesse des notes de l'année par un bon examen final.

Il est à peine utile d'insister sur les grands avantages de ce système. Les étudiants sont obligés de travailler d'une façon continue, suivie. Ils ne peuvent pas attendre les derniers mois, les derniers jours de l'année pour se mettre à l'étude; ils sont dans la nécessité d'approfondir chaque sujet, de revoir deux fois tout ce qui leur a été enseigné.

L'importation de ce système dans les Facultés de droit serait donc un véritable bienfait. On pourrait toutefois, si la répétition constante des examens paraissait trop lourde, établir provisoirement des examens trimestriels qui présenteraient, à un degré moindre, des avantages analogues.

Les examens mensuels ou au besoin trimestriels consisteraient en une épreuve orale et en une épreuve écrite, sauf à n'exiger l'épreuve écrite que pour une des branches de l'enseignement de l'année et à changer de sujet à chaque examen. Ainsi, en supposant le programme des cours de deuxième année maintenu, la composition écrite roulerait d'abord sur le droit civil, ensuite, c'est-à-dire le mois d'après, sur la procédure civile ou le droit criminel etc.... Ce serait là, du reste, une question de réglementation qu'il serait aisé de modifier sans inconvénients. On pourrait au besoin, si ce système paraissait trop compliqué, se contenter d'une dissertation écrite chaque mois, qui serait corrigée soit par un professeur, soit par un agrégé.

L'élève qui n'obtiendrait pas un certificat d'aptitude après l'examen final, devrait recommencer entièrement ses études de l'année, et s'il était refusé pendant deux années consécutives, il serait éliminé pour toujours et ne pourrait plus se présenter dans une École de droit. Par ce moyen on chasserait cette masse d'étudiants qui se traînent dans les cafés ou dans les bals publics, et que les professeurs dans leur commisération finissent par admettre après de nombreux échecs; on ferait ainsi disparaître une cause de démoralisation, car les vieux étudiants prennent souvent sur les nouveaux venus une influence funeste.

Avec les dissertations écrites et la succession non interrompue des examens, on rendrait les études beaucoup plus fortes.

Digitized by Google

Une autre amélioration, relativement secondaire, mais non sans importance, consisterait à exiger quatre années au lieu de trois pour la licence, en consacrant la troisième année à une récapitulation générale. Il est impossible, en effet, à un professeur de faire saisir complétement à des élèves de première ou de deuxième année des difficultés qui supposent connus les principes qu'on exposera la troisième année. D'où il résulte qu'on ne peut savoir consciencieusement le droit qu'après avoir procédé à un travail de récapitulation. Tous les docteurs en droit pourront dire la grande utilité qu'ils ont retirée du travail d'ensemble auquel ils se sont livrés pour la préparation de leurs examens de doctorat. Sans compter que, dans la pratique actuelle, l'élève qui passe sa thèse de licence a complétement oublié le cours de première et même de deuxième année, et je parle non-seulement des mauvais élèves, mais encore des élèves studieux. Le droit s'oublie avec rapidité, et il est rare qu'on se rappelle après deux ans, d'une manière suffisante, les principes que l'on a jadis étudiés. Le travail de révision que je propose aurait pour résultat de remettre en mémoire des règles dont le souvenir est au moins incertain.

A côté des examens proprement dits, dont je viens de m'occuper, j'organiserais des examens d'un genre nouveau. Des conférences obligatoires seraient ouvertes, où les élèves, sous la direction d'un agrégé, devraient apprendre l'art de la parole en traitant *ex-professo* des théories de droit ou en discutant des questions controversées. On tiendrait compte, au moins depuis la seconde année, des plaidoiries pour le calcul final des notes d'examen. Les conférences seraient organisées de façon à ce que chaque élève pût prendre la parole tous les deux mois, sinon tous les mois. J'ai la conviction que, dans ces conférences, on développerait très-vite les qualités de méthode et de déduction indispensables à l'avocat, à l'homme qui doit parler en public. Les résultats seraient d'autant plus satisfaisants que ce genre de travail est presque une distraction et ne fatigue jamais les élèves. Je puis citer à l'appui mon expérience personnelle. Pendant mon séjour à la Faculté de Grenoble, je contractai l'habitude de réunir mes élèves dans des conférences que je présidais; je choisissais moi-même les questions à discuter et je signalais ensuite les ue-

Digitized by Google

fauts dont l'orateur devrait se corriger, les qualités qu'il lui faudrait développer. Je fus frappé des progrès rapides réalisés par beaucoup d'entre eux, et de l'empressement qu'ils mettaient à se rendre aux conférences.

J'ai omis jusqu'à présent de parler d'une sorte d'examen qui n'offre aucun semblant de garantie et qui devrait être supprimée; je fais allusion à l'examen de capacité. Ou bien il convient d'exiger le grade de licencié de ceux qui sont tenus actuellement d'avoir celui de capacitaire, ou bien il faut ne rien exiger du tout et faire disparaître une forme hypocrite.

§ 2. — *Nombre et personnel des Facultés de droit.*

Il serait à peu près impossible de réaliser les réformes dont nous venons de développer l'esprit avec le personnel actuel des Facultés de droit. Il serait donc nécessaire d'augmenter ce personnel dans de notables proportions. Pour ce qui concerne la Faculté de Paris, je pense qu'il faudrait doubler le nombre des agrégés; seulement, on arriverait alors à rendre leur situation très-mauvaise. Les agrégés de Paris font déjà un stage de huit ou dix ans en moyenne avant d'être nommés titulaires. S'ils étaient dédoublés, le stage serait deux fois plus long. Je remédierais à cet inconvénient en augmentant le traitement des agrégés tous les cinq ans. (Une augmentation de 1,000 fr. me semblerait raisonnable.) Dans ces conditions la nomination à une chaire serait un dernier honneur accordé après de longs services, mais qui, ne modifiant pas la situation d'une façon sensible, pourrait être attendu plus longtemps. On aurait pu autrefois objecter que la position des agrégés était toute différente de celle des professeurs parce que ceux-ci étaient toujours investis d'un cours, tandis que ceux-là n'étaient chargés d'aucun enseignement public; mais aujourd'hui, une récente circulaire ministérielle a heureusement modifié ce fâcheux état de choses en faisant participer les agrégés à l'enseignement actif au lieu de les laisser s'user aux examens ou dans les conférences. Je puis donc, sans m'écarter de la vérité affirmer que les agrégés seront, sauf le titre et une petite différence de traitement, de vrais professeurs.

Digitized by Google

Pour les Facultés de province, il ne serait pas nécessaire d'augmenter le personnel dans les mêmes proportions. Deux agrégés de plus dans les grandes Facultés, un dans les petites suffiraient parfaitement. Mais ici je touche à une question fort grave et dont la solution va influer sur l'application pratique des idées que j'ai émises.

Est-il avantageux de multiplier comme on l'a fait les Facultés de droit, ou bien serait-il préférable de concentrer les études juridiques dans quelques centres seulement ?

Je sais bien qu'il faudrait plus d'habileté que je n'en ai pour traiter une pareille question, sans être désobligeant pour personne; mais au risque de blesser de justes susceptibilités, je découvrirai sur ce point toute ma pensée. Il existe en France dix Facultés de droit, sans compter celles de Paris. Eh bien ! j'estime qu'il y en a au moins six de trop. Les intérêts individuels de chaque ville où siége une Faculté, les intérêts de personnes que blesserait la suppression d'un si grand nombre de Facultés de droit, sont certainement à considérer ; mais l'intérêt général commande souvent des sacrifices que le patriotisme éclairé d'un gouvernement libre doit savoir exiger. Au surplus, nous allons voir que les membres des Facultés supprimées pourraient obtenir non-seulement une compensation, un équivalent, mais un avancement très-réel, En effet, je proposerai d'appeler dans les Facultés maintenues les professeurs et agrégés qui sont dispersés dans les autres. Si quelques-uns se refusaient à changer de résidence, ils ne pourraient plus se plaindre, car on leur offrirait plus qu'ils n'avaient. On pourrait encore donner à ces professeurs des postes équivalents dans la magistrature.

Je vois à cette réforme un premier avantage considérable : on augmenterait le nombre des étudiants dans chaque Faculté; on créerait un public pour chaque professeur. Or ce qu'il faut à un professeur, c'est un public. Lorsque la salle est vaste et pleine d'auditeurs, le professeur se sent animé d'un souffle plus puissant. Il a charge d'âmes, il le sait, il le sent, et comme le sentiment d'une plus grande responsabilité grandit les efforts que l'on fait, il reste à la hauteur de la grande position qu'il occupe. Supprimez le public, ayez une salle étroite et mesquine au lieu d'un grand amphithéâtre, le stimulant manque, l'excitation au travail fait défaut et le

Digitized by Google

professeur se laisse bientôt envahir par la médiocrité. Or, on peut affirmer qu'il n'existe pas de public dans les Facultés de province; c'est à peine si dans les Facultés les plus importantes on trouve trente ou quarante élèves réunis à un cours. Et combien sur le nombre qui ne suivent pas attentivement !

On me dira peut-être que les professeurs de lycée sont tous dans une situation identique. Mais là c'est autre chose; le professeur a des moyens directs d'action et de contrôle sur les élèves. Il les oblige à travailler d'un façon suivie, régulière, et obtient des résultats efficaces. Il comprend son utilité, et cela lui suffit pour ennoblir sa tâche; mais nous, nous ne pouvons rien, et les trois quarts au moins de ceux qui auront délaissé le cours seront reçus à leur examen.

Que dis-je? les Facultés reconnaissent elles-mêmes qu'on peut se passer de leur enseignement; elles accordent des dispenses d'assiduité. Ainsi dans certaines Facultés, le nombre des élèves dispensés est presque égal à celui des élèves inscrits. Quel abus intolérable ! C'est dire que l'on peut sans difficulté se passer de l'enseignement des Facultés et acquérir facilement un titre *déconsidéré*. L'abus des dispenses est arrivé à un point où il ne peut pas passer inaperçu. Sous le plus léger prétexte, pour la plus futile raison, on est dispensé de suivre les cours.

Un second avantage qui découlerait de la suppression de plusieurs Facultés consiste dans le dédoublement possible des cours.

Le dédoublement des cours est utile à un très-haut degré. Il importe, en effet, d'offrir aux élèves des moyens complets d'instruction. Si nous voulons plus de sévérité aux examens, nous voulons aussi un enseignement supérieur à l'abri de tous les reproches. Comme je l'ai reconnu plus haut, il ne suffit pas de changer le système des examens pour avoir de fortes études, il faut encore posséder un personnel d'enseignement d'élite. Or je ne crois blesser personne en disant que si l'on augmente le nombre des professeurs et qu'on dédouble tous les cours on aura un personnel très-supérieur à celui qui existe aujourd'hui, et cela est facile à saisir, car tous les hommes de talent seront réunis, concentrés sur quelques points. Le système que je préconise est en vigueur à Paris et il y a produit d'excellents résultats; il est évident

Digitized by Google

que la méthode suivie par un professeur peut ne pas être goûtée par tel ou tel esprit. Aux uns il faut plus de clarté, aux autres plus de science. A ceux-ci des généralisations, des vues d'ensemble, de l'originalité; à ceux-là des études plus complètes dans les détails et moins élevées par l'esprit. Si l'on a plusieurs professeurs, chacun choisira selon la nature particulière de son intelligence, et tout ira mieux.

Les quelques Facultés de province qui échapperaient à la suppression devraient avoir leur siége dans de grandes villes. Je sais que cette idée va trouver de nombreux contradicteurs. Une certaine école, je préfère dire un certain parti, voudrait décapitaliser toutes les grandes villes et leur refuserait par conséquent l'éclat que donne une brillante Université. Mais cette théorie sera sans aucun doute jugée comme elle le mérite par les esprits sérieux. En ce qui nous touche, notre conviction énergique est que les grandes villes sont naturellement désignées pour l'établissement des Facultés de droit. Il y en a deux motifs : 1° L'attrait d'une belle ville attire et séduit; beaucoup d'élèves qui se précipitent aujourd'hui à Paris, ne feraient aucune difficulté de rester à Lyon ou à Marseille. Nous en avons d'ailleurs une preuve récente : c'est à peine si la Faculté de Bordeaux vient d'être créée, et déjà elle compte un nombre respectable d'élèves. 2° Le mouvement intellectuel se développe plus sûrement et plus rapidement dans les grandes villes que dans les petites. Là, des ressources multiples sont offertes aux travailleurs, on y fait des études de tout genre et l'esprit, au lieu de se rétrécir, se généralise et s'élargit au contact des idées au milieu desquelles il vit.

Pour mettre le personnel des Facultés à l'abri de toute critique, il faudrait encore opérer quelques réformes dans le mode de recrutement des professeurs.

D'après les lois en vigueur les agrégés sont nommés au concours. Les professeurs sont choisis par décret sur les présentations de la Faculté. C'est une question assez agitée de savoir s'il ne conviendrait pas de rétablir le concours pour les places de professeur. Encore qu'il y ait de fortes raisons à faire valoir dans ce sens, je préfère un autre procédé. Il me semble exagéré d'obliger les agrégés à travailler si longtemps en vue d'un concours. Les études que l'on fait dans ce but

Digitized by Google

sont très-utiles pour un docteur, elles seraient nuisibles à un agrégé. Il vaut mieux laisser se développer davantage l'initiative individuelle, ne pas renfermer dans un cercle étroit les études du jurisconsulte. C'est la mémoire qui joue le rôle principal dans la préparation d'un concours ; or il n'est pas bon de ne s'adresser qu'à la mémoire. Il ne faut pas que le cerveau d'un professeur soit obstrué de détails, de systèmes et de numéros de lois du Digeste. Cela brise les vues originales, oblige à suivre servilement des sentiers battus, et, en somme, abaisse le niveau actuel. Celui qui a subi les épreuves de l'agrégation est réputé suffisamment instruit pour se livrer à des études personnelles et forcément spéciales. On peut l'autoriser à oublier d'un côté pour apprendre de l'autre. Je suis donc ennemi d'un concours analogue à celui qui existe pour l'agrégation; mais peut-être pourrait-on établir un concours par titres. On considérerait comme des titres non-seulement les travaux écrits, mais aussi les succès dans l'enseignement oral. On pourrait donner à un jury *sui generis* le soin d'apprécier les titres. Au reste, je ne verrais pas grand inconvénient à maintenir le système actuel. Quant à la nomination des agrégés, je crois devoir présenter quelques observations que l'expérience m'a suggérées.

A mon avis l'organisation du concours laisse à désirer, et d'abord la manière dont les épreuves sont distribuées et *évaluées* si je puis ainsi dire. Les épreuves sont de deux sortes : les unes ont pour but d'éliminer un certain nombre de candidats, les autres de fixer définitivement la liste des agrégés. Les premières comprennent deux dissertations écrites et une leçon orale. Je suppose que l'objet des dissertations écrites est d'établir que les candidats ont des connaissances suffisantes en droit civil et en droit romain. Il y a de spécial à la dissertation qui roule sur le droit romain, qu'elle doit être écrite en latin. C'est là un vieil usage, disons-le en passant, qu'il serait bon de supprimer. La plupart des concurrents écrivent dans un latin pitoyable et de plus sont gênés dans la manifestation de leur pensée. Au surplus, on sent si bien qu'il ne s'agit pas d'un discours latin, que les fautes de grammaire passent inaperçues, je veux dire ne sont pas mises à la charge de leur auteur. Il serait préférable d'autoriser les candidats à écrire en français ; mais ce n'est là qu'une obser-

Digitized by Google

vation accessoire qui est primée par beaucoup d'autres, notamment par celle que je ferai en ce qui concerne la valeur attribuée aux dissertations écrites. Il est de toute évidence qu'on doit exiger des agrégés une solide instruction avant même de rechercher les qualités de parole nécessaires au professeur. Les épreuves écrites permettent d'apprécier exactement le mérite des candidats à ce point de vue ; il est donc fort regrettable que dans la pratique on n'en tienne qu'un compte secondaire. Je voudrais que ces épreuves devinssent plus sérieuses, et pour cela je les rendrais éliminatoires. J'écarterais d'abord, sans me préoccuper de leur talent de parole, tous ceux qui ont une instruction incomplète ou déréglée. C'est d'ailleurs ce qui se pratique pour l'agrégation des lycées. Viendraient ensuite les leçons orales qui servent à mettre en relief les qualités du professeur : clarté, méthode etc., Je ne puis passer outre sans signaler une inégalité qui m'a frappé. Elle a trait aux sujets de leçon. Je n'ignore pas qu'il est fort difficile de peser exactement la valeur relative des sujets désignés, mais en fait on ne peut nier que le choix laisse à désirer. Il est de tradition parmi les candidats que certains sujets sont d'une stérilité telle qu'il faut savoir parler sans rien dire si l'on veut rester en chaire le temps réglementaire. Je ne veux pas me perdre dans les détails, mais je pourrais citer plus d'un sujet de ce genre. Je crois qu'il serait mieux de demander aux professeurs des Facultés l'indication des sujets sur les matières qu'ils enseignent. Chaque Faculté enverrait ainsi une liste, sur laquelle serait faite la liste définitive du jury.

Après les leçons on procède à une double argumentation, portant d'abord sur le droit romain et ensuite sur le droit civil. L'argumentation a pour but de montrer que le candidat possède les principes du droit, et nous avons vu bien des candidats dévoiler leur faiblesse dans les argumentations. Cette épreuve permet aussi de discerner ceux qui ont l'intelligence vive, l'esprit d'à-propos; il faudrait donc la conserver. Mais elle présente quelques inconvénients qu'on pourrait faire disparaître. Ils résultent surtout du hasard qui fixe les rapports des candidats entre eux. Suivant qu'on argumente avec un candidat intelligent ou médiocre on a plus ou moins de chance de briller; celui à qui le sort réserve un argumen-

Digitized by Google

tant pointilleux, ignorant les principes du droit, risque beaucoup de ne jamais pouvoir suivre un raisonnement logique et serré. Je sais bien qu'il est impossible de ne pas laisser jouer un rôle au hasard, mais on pourrait du moins ne pas lier les candidats ensemble pour les deux argumentations. Il serait facile d'en appeler deux fois au jugement du sort. On obtiendrait alors des modifications utiles aux uns, nuisibles aux autres, qui rétabliraient un peu l'équilibre.

Enfin il me semble qu'il serait mieux d'obliger l'argumentant d'indiquer à l'argumenté les questions à discuter. On y gagnerait de mieux discerner les qualités d'originalité et de justesse d'esprit. Chacun pourrait concentrer ses efforts sur quelques points spéciaux, les creuser et en faire sortir quelques idées personnelles.

Le jury d'agrégation n'est pas non plus organisé de façon à repousser toute critique. Les membres du jury sont choisis parmi les conseillers à la Cour de cassation et les professeurs des Facultés de droit. Ils présentent tous des qualités de capacité incontestables, mais il est permis de regretter que les conseillers à la Cour de cassation soient juges d'un pareil concours ; ils ont sans aucun doute une grande valeur personnelle, mais leurs travaux journaliers les ont dirigés dans une voie spéciale. Ils sont habitués à la manière des avocats et ils peuvent souvent rechercher plutôt les qualités qui font l'avocat que celles qui font le professeur. N'est-il pas probable d'ailleurs que certaines matières du concours leur sont peu familières ? Combien y en a-t-il parmi eux qui aient continué leurs études de droit romain et qui puissent apprécier complétement le mérite des candidats à cet égard ? Si l'on me permet d'exprimer toute ma pensée, j'oserai dire que le jury d'agrégation ne devrait être composé que de professeurs. Au surplus, je pense qu'il serait utile de déterminer certaines règles pour le choix des professeurs. D'après nos règlements les professeurs membres du jury appartiennent, les uns, à la Faculté de Paris, les autres aux Facultés de province, c'est-à-dire qu'on nomme un ou deux professeurs de la Faculté de Paris et deux professeurs de province, pris chacun dans une Faculté différente. Cette fusion n'est pas heureuse. Malgré l'indépendance des juges, il arrive souvent que les professeurs de province sont mieux disposés pour les élèves de leur

Digitized by Google

Faculté que pour les autres. En cela ils obéissent à une quasi-nécessité. Comment veut-on éviter une préférence pour ceux dont on a suivi les efforts constants, dont on a pu chaque jour apprécier le mérite, pour ceux qui partagent le plus souvent les idées du maître, ses goûts, ses tendances? Mais si l'on ne peut pas faire un reproche sérieux aux professeurs de rester des hommes, sous leur robe de membre du jury, il ne serait pas hors de propos de combattre un résultat fâcheux. Et qu'y aurait-il de plus facile en vérité? Il suffirait d'appeler un ou deux professeurs de chaque Faculté de province et d'augmenter en proportion le nombre des professeurs de la Faculté de Paris. On obtiendrait ainsi de neutraliser les efforts individuels et les appréciations du jury deviendraient plus parfaitement exactes.

On pourra m'objecter que les professeurs de Paris étant toujours en nombre considérable, leur volonté fera la loi du concours. Je réponds que les professeurs de Paris ne sont pas dans les mêmes conditions que ceux de province. La Faculté est plus grande, le nombre des candidats plus étendu; il est rare qu'ils aient eu avec eux des relations aussi suivies que les professeurs de province avec leurs élèves. Il n'y a donc aucun danger de ce côté.

Ainsi modifié, le système serait préférable; mais il serait possible de l'améliorer encore en obligeant à choisir les membres du jury dans certaines classes de professeurs. Je m'explique. Je voudrais qu'on fût tenu de choisir en nombre égal parmi les jeunes professeurs et parmi ceux qui sont plus anciens. Ainsi sur douze professeurs, par exemple on devrait en nommer six, choisis parmi les plus récemment installés, et six parmi les anciens. On comprendra, je l'espère, qu'il ne s'agit pas de porter atteinte au profond respect que doivent nous inspirer nos maîtres les plus anciens. Il s'agit de combiner deux éléments également utiles. Dans certains pays le pouvoir suprême est déféré à deux chambres dont l'une est composée d'hommes d'un certain âge, et l'autre d'hommes de tout âge. La seconde représente l'élément jeune de la nation. Elle réfléchit plus exactement les idées du jour, elle est plus souple, plus variable. L'autre, au contraire, règle la marche, empêche qu'on ne se livre avec trop de précipitation, constitue, en un mot, l'élément conservateur. Eh bien! la

Digitized by Google

pensée qui a présidé à la création de ces deux chambres est du même ordre que celle qui nous porte à proposer un nouveau jury. Il ne serait même pas inutile d'appeler un ou deux agrégés à faire partie du concours. C'est ce qui se pratique pour l'agrégation des Facultés de médecine.

Une dernière idée m'est suggérée par la nomination des agrégés à Paris. Il me semble hors de controverse que les places d'agrégé à Paris devraient être données au concours. Un concours spécial serait organisé entre les agrégés de province. Ou bien si l'on maintenait uniquement le concours actuel, les candidats qui sortiraient avec les premiers numéros seraient de droit nommés à Paris. Dans ce dernier cas il faudrait laisser aux agrégés de province la faculté de se présenter pour l'obtention d'une place à Paris, car si l'on agissait autrement on condamnerait à un bannissement perpétuel les agrégés de talent que les hasards d'un premier concours n'auraient pas favorisés.

Jusqu'ici j'ai réservé une question fort délicate à traiter, celle du traitement des professeurs. Certes ce n'est pas à l'heure présente, alors que la France est accablée de si lourdes charges, qu'il nous viendrait à l'esprit de demander une augmentation immédiate de traitement. Mais ce qui n'est pas immédiatement réalisable le deviendra dans quelques années, et je crois qu'à ce moment il sera bien d'élever le traitement actuel des professeurs de la Faculté de droit. Il est inutile, je pense, de rappeler l'importance des études juridiques ; l'empreinte qu'elles laissent est indélébile et donne une vraie supériorité. Il faut donc ne rien omettre de ce qui peut les rendre plus fécondes, or je crois qu'une augmentation de traitement aurait ce résultat. Il y en a une double raison : 1° ce serait un moyen de grandir la considération qui s'attache aux jurisconsultes ; 2° d'appeler dans l'enseignement beaucoup d'hommes distingués qui se refusent à y entrer aujourd'hui. Il faut voir les choses telles qu'elles sont. Si la considération qui entoure les professeurs de Faculté a sa source dans des mobiles d'un ordre élevé, il ne faut pas nier non plus que le talent serait mieux apprécié s'il était mieux rétribué.

En Amérique, on estime surtout la valeur d'un homme par sa position de fortune. En France on garde plus de ménagements, mais au fond beaucoup de gens se placent au

Digitized by Google

même point de vue. Donnons une belle position aux professeurs de Faculté, et nous aurons développé la considération qu'ils doivent inspirer. Nous aurons en même temps attiré dans l'enseignement bon nombre d'hommes distingués qui se refusent aujourd'hui à y entrer parce qu'on ne leur offre pas des avantages pécuniaires suffisants.

Au surplus il sera facile à l'État d'augmenter le traitement des professeurs de la Faculté de droit sans s'imposer la moindre charge. Qu'il laisse aux Facultés la totalité des recettes opérées par suite des inscriptions et des examens, au lieu d'en absorber une partie et de faire ainsi, au détriment des Facultés de droit, un bénéfice que rien ne justifie. Je trouve dans le rapport précité du ministre de l'instruction publique que l'État s'est emparé, en 1861, de 346,868 fr., différence entre les recettes 1,146,345 fr. et les dépenses 799,476 fr., et comme, depuis lors, le nombre des inscriptions et examens s'est accru de plus du quart, le bénéfice a augmenté en proportion. Je ne veux pas insister trop longtemps sur ce sujet, mais qu'il me soit permis d'ajouter que les traitements actuels ne sont plus en harmonie avec les besoins de toutes sortes qui se sont développés dans une si large mesure depuis l'époque où ces traitements ont été fixés. C'est une vérité vulgaire que les conditions matérielles de la vie se sont profondément modifiées. Tel traitement qui était convenable il y a trente ans ne l'est plus aujourd'hui. Il est certain que les professeurs n'ont pas la position pécuniaire qu'on a voulu leur faire à l'origine. Je sais bien qu'on a réalisé quelques petites améliorations, mais elles sont à peine appréciables par comparaison à l'enchérissement général de toutes choses. Je ne puis passer outre sans noter un fait d'une importance secondaire, j'en conviens, mais qui montre bien le désir constant de l'État de détourner à son profit une partie des recettes opérées par les Facultés de droit. Les traitements des professeurs sont, on le sait, fixes et éventuels. Ces derniers varient avec le nombre d'inscriptions; seulement on se garde d'établir chaque année un compte exact d'après les inscriptions prises. On fixe certains chiffres arbitraires qui servent de base et qui sont séparés par un grand intervalle, de sorte que tant que l'intervalle n'est pas comblé, l'augmentation des inscriptions ne profite en rien à la Faculté. Or l'écart est très-large, il est

Digitized by Google

de 400 inscriptions. Ainsi entre 800 et 1,200 inscriptions le traitement éventuel reste invariable, de même entre 1,200 et 1,600, ainsi de suite. C'est là une injustice, car le travail des professeurs n'est pas le même quand il y a 800 inscriptions et quand il y en a 1,000 ou 1,150. Si l'on désire absolument faire une moyenne pour éviter des calculs, il est évident qu'on doit tenir compte de toute augmentation sensible dans le nombre des élèves; l'écart ne doit jamais être de plus de 100 inscriptions [1].

§ 3. — *Matières de l'enseignement.*

Depuis longtemps il est question d'élargir le programme de l'enseignement du droit. On sait que sous la monarchie de juillet les études juridiques furent développées dans un sens élevé. Des cours de droit constitutionnel, de législation pénale comparée et d'introduction générale à l'étude du droit furent successivement ouverts à Paris (ord. 22 août 1834, 12 décembre 1837, 25 juin 1840). Dès 1838, M. de Salvandy institua une commission des hautes études de droit chargée d'examiner les difficultés relatives à la répartition des matières de l'enseignement, à la création de nouvelles chaires, etc.

Les Facultés de droit furent appelées à donner leur avis. De tous les travaux de la commission sortit un projet de loi présenté à la Chambre des pairs dans la séance du 9 mars 1847. L'enseignement du droit devait comprendre, d'après ce projet : 1° *Des cours fondamentaux :* l'introduction générale à l'étude du droit, le Code civil, le Code de procédure civile, le Code pénal et le Code d'instruction criminelle, le Code de commerce, le droit administratif, le droit romain; 2° *Des cours spéciaux*, savoir : l'histoire du droit ancien et moderne, les Pandectes, le droit des gens, le droit maritime, le droit constitutionnel, l'économie politique, l'histoire des traités, les législations comparées. C'était là un magnifique programme que les événements de 1848 ont fait avorter et qu'il serait urgent de reprendre et de convertir en loi. Je voudrais aussi qu'on créât des cours transcendants comme il en existe

[1] Ce que je viens de dire s'applique aux Facultés de province; à Paris on procède autrement.

Digitized by Google

trop à l'École de médecine. Deux cours suffiraient. Dans le premier le professeur approfondirait certaines matières, suivrait une institution depuis son origine jusqu'à son complet développement en faisant ressortir les progrès accomplis. Dans le second il étudierait, si je puis ainsi dire, l'art de la pratique, c'est-à-dire qu'il rechercherait, à propos d'un sujet donné, comment la jurisprudence applique les principes du droit, quels sont les mobiles qui la déterminent, etc.

Je n'ai rien à dire en ce qui touche la division des matières du droit civil en trois années. Il faudrait seulement charger officiellement un agrégé de faire un cours obligatoire sur les matières que le professeur n'a pas le temps d'examiner.

Je ne veux pas terminer cette étude sans indiquer quelques considérations que me suggère l'enseignement du droit romain. Il n'est pas rare d'entendre affirmer que cet enseignement est inutile. C'est là, selon moi, une erreur fondamentale dont j'ai eu beaucoup de peine à comprendre même la manifestation. Cependant, en y réfléchissant, j'ai fini par me convaincre que ce qui a donné naissance à ce système à la mode de l'inutilité du droit romain, c'est, en même temps que l'abaissement général des études, la méthode défectueuse que l'on emploie dans nos Facultés pour enseigner la législation romaine.

Si je ne me trompe, l'étude du droit romain présente un double avantage, l'un historique, l'autre purement juridique.

Au point de vue historique, il n'y a pas de contestation possible. Rien n'est plus curieux et plus instructif que d'étudier les origines premières d'une institution, d'en constater les développements successifs et de la voir ensuite ou bien s'affaisser, ou bien se perpétuer en se transformant. Le droit romain offre à cet égard un vaste champ d'investigation à parcourir. C'est d'abord le vieux droit empreint d'un caractère exclusivement religieux et aristocratique, c'est plus tard l'époque classique, la grande époque où le stoïcisme a parlé et a vivifié la législation étroite et rigoureuse des Quirites. Écoutez les Cicéron, les Caton d'Utique, les Labéon : ce sont des adeptes de la doctrine nouvelle, de cette doctrine qui est si pure que Montesquieu la considère comme la plus belle expression du génie humain.

C'est ensuite le christianisme qui vient vulgariser et dé-

Digitized by Google

velopper les principes de la morale stoïcienne. C'est aussi le despotisme impérial qui étend son influence délétère sur le droit et en brise le cadre scientifique. Aucune législation ne présente un pareil développement, un ensemble aussi complet, où l'on puisse mieux suivre les progrès de l'esprit humain. Mais pour que le point de vue historique ressorte dans tout son jour, il faut avoir recours à la synthèse, à une vaste généralisation. Si je voulais citer un modèle de cours de ce genre, je citerais le cours de mon savant maître M. Gide.

A côté de l'avantage historique j'ai annoncé une utilité purement juridique. Chaque peuple a son génie; Rome avait le génie du droit. Les grandes qualités qui font le magistrat ou le jurisconsulte étaient l'apanage des préteurs et des prudents de l'époque classique. Leurs écrits, leurs consultations sont des modèles de raisonnement admirables, car ces jurisconsultes, ces hommes de théorie sont aussi des praticiens. Les uns rédigent les formules des contrats, les autres les formules symétriques des procès. Ils vivent de la vie pratique et ils savent allier au respect de la loi et de la tradition le respect du droit et de la justice. Comme le dit avec sa netteté habituelle, M. Accarias dans son beau *Traité de droit romain* l'étude du droit romain « *développe d'une manière admirable les qualités qui caractérisent l'esprit juridique, savoir la finesse de l'analyse, la rigueur dans la déduction et le sens pratique.* »

Il faut donc que l'enseignement de nos Facultés soit approprié à cette double utilité, qu'il soit dirigé de façon à mettre en relief le point de vue historique et à apprendre l'art de raisonner. En l'état, le but n'est qu'incomplétement atteint. Le cours de droit romain est distribué en deux années ; le professeur est tenu d'expliquer les Institutes de Justinien, qu'il peut compléter avec des textes du Digeste. Rien n'est plus déraisonnable que de donner comme base d'un cours de droit romain les Institutes de Justinien. C'est supprimer tout l'intérêt historique, puisque c'est n'étudier que le droit de Justinien. Aussi dans la pratique nos professeurs se gardent de suivre servilement le programme, et les plus illustres d'entre eux au lieu de commencer par expliquer les Institutes, partent des origines des institutions pour descendre jusqu'à Justinien. Les textes complémentaires du Digeste que cite

Digitized by Google

le professeur sont perdus pour la majorité des élèves, qui omet presque toujours d'y recourir. Notre système a donc le grand inconvénient de supprimer ou d'amoindrir l'utilité de l'étude du droit romain. En effet, d'une part le point de vue historique n'est pas assez mis en lumière, les détails l'assombrissent; d'autre part, les élèves ne sont pas obligés d'étudier le Digeste. Or tout le droit romain est dans le Digeste. C'est là qu'on trouve ces modèles de raisonnement inimitables dont nous avons parlé. Permettre à des élèves de se présenter à des examens de droit romain sans avoir ouvert le Digeste est un non-sens[1].

Les réformes suivantes produiraient, à mon avis, d'excellents effets.

La première année, on verrait l'ensemble du droit romain, non pas les Institutes de Justinien, mais les principes généraux du droit. Le temps faisant défaut, la généralisation deviendrait une nécessité et le point de vue historique apparaîtrait mieux.

En seconde année on se livrerait exclusivement à l'étude des textes du Digeste; autrement dit on transporterait en seconde année le cours de Pandectes obligatoire à Paris pour le doctorat.

Afin de ne pas trop surcharger l'examen de deuxième année, on mettrait le droit criminel en première année. Un examen spécial aurait lieu sur les textes expliqués; je ne voudrais pas qu'on se contentât d'une interrogation sur ces textes, fondue dans l'examen général de seconde année. On pourrait d'ailleurs sans difficulté terminer le cours de Pandectes à la fin de mai et passer dans la première quinzaine de juin ce que j'appellerais le premier examen général de seconde année, roulant sur les Pandectes. Par ce moyen on obligerait les élèves à ouvrir et à étudier le Digeste, c'est-à-dire le droit romain. Et je crois que bientôt l'utilité de cette étude ne serait contestée par personne. E. NAQUET.

[1] A Paris, le professeur explique à la fin de la deuxième année quelques textes choisis du Digeste, mais c'est là une étude accessoire et insuffisante.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

LA DOCTRINE SECRÈTE DES TEMPLIERS.

Étude suivie du

Texte inédit de l'enquête

CONTRE LES TEMPLIERS DE TOSCANE, ETC.

Par M. J. Loiseleur, bibliothécaire de la ville d'Orléans [1].

Compte rendu par M. Gabriel Debacq,
docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

La nouvelle publication de M. Loiseleur, dont nous nous proposons d'entretenir nos lecteurs, est avant tout une œuvre de critique historique. Elle rentre cependant, par un côté fort intéressant, dans le cercle habituel des travaux de la *Revue*. A l'exposé de la doctrine secrète de l'ordre du Temple, le savant bibliothécaire de la ville d'Orléans a joint le texte inédit de l'enquête suivie contre les templiers de Toscane.

Le procès des templiers marque dans l'histoire de la justice criminelle une époque importante. Si, dès avant ce procès, la procédure dite inquisitoriale avait fait sa première apparition en France, du moins est-il certain que les poursuites entamées par la papauté contre J. Molay et les siens contribuèrent à la généraliser et à substituer, dans la plupart des pays de la chrétienté, les procédés cauteleux et perfides des Cours d'Église aux agissements brutaux, mais empreints néanmoins de loyauté et de franchise, de l'ancienne justice féodale. Ajouter une pièce nouvelle au dossier de l'affaire des templiers, ce n'est donc point seulement rendre un éminent service à l'historien proprement dit, c'est bien mériter de tous ceux qui s'intéressent au passé du droit criminel.

Rapprochant les dépositions recueillies par les inquisiteurs

[1] Un vol. in-8°, 1872, Paris, Durand et Pedone-Lauriel; — Orléans, Herluison. Ouvrage accompagné de planches représentant l'idole attribuée aux templiers et les coffrets de M. de Blacas.

Digitized by Google

de Toscane des aveux consignés dans les enquêtes suivies en France, etc., et déjà publiées, M. Loiseleur en conclut que les templiers n'étaient pas seulement, comme le prétendait M. Raynouard, les victimes innocentes et calomniées des jalousies et de la cupidité de Philippe le Bel et de son complice, le pape Clément, mais qu'ils étaient coupables d'hérésie au premier chef et se rattachaient aux sectes dualistes si nombreuses au moyen âge : cathares albigeois, bogomiles, luciférien s.

M. Loiseleur résume ainsi la doctrine secrète de l'ordre du Temple :

Coexistence de deux dieux :

L'un, présidant à l'organisation du monde matériel « faisant fleurir les arbres et germer la terre » répartissant ici-bas les biens et les maux, donnant, à ceux qui savaient se concilier ses faveurs, la richesse, les joies de toutes sortes. Gens éminemment pratiques, ne cherchant pas dans la religion des satisfactions de l'ordre spirituel, mais la considérant comme le moyen d'obtenir d'un être supérieur l'assouvissement de leurs passions et de leurs appétits, les templiers adressaient à ce dieu leurs hommages.

L'autre, maître du monde céleste, relégué dans les régions éthérées, sans rapport avec la matière, n'exerçant sur les choses de cette terre aucune influence. Trop élevé au-dessus des humains pour s'occuper d'eux, il restait indifférent à leurs besoins et à leurs désirs, à leurs crimes comme à leurs vertus. Les membres de l'ordre du Temple considéraient comme absolument inutile d'adresser à cette divinité des vœux dont elle ne devait pas se soucier ou d'implorer d'elle des faveurs qu'elle dédaignerait d'accorder.

En conséquence de cette idée qu'ils s'étaient faite du Seigneur du ciel ils niaient absolument le caractère divin attribué au Christ. Telle était d'après eux la grandeur de Dieu, qu'il n'avait pu s'abaisser jusqu'à prendre un corps, c'est-à-dire s'associer à la matière. Le Christ n'était donc qu'un homme comme les autres, un imposteur, un larron quelque peu sorcier, condamné et exécuté pour ses crimes et qu'on ne pouvait, dès lors, adorer sans faire insulte au vrai Dieu. Si quelques-uns admettaient l'origine extrahumaine du Christ, c'était pour faire de lui le fils cadet de Dieu, esprit malfai-

Digitized by Google

sant plutôt que divinité tutélaire, indigne des hommages et des prières des hommes.

Étant donnés ces principes des templiers sur le caractère exclusivement spirituel du Dieu des régions célestes, son indifférence pour les choses d'ici-bas, on s'explique les grossières pratiques, les habitudes immondes imputées à l'ordre du Temple. L'immoralité la plus honteuse ne pouvait souiller que la matière dont le maître du ciel n'avait souci. Assouvir la chair, se livrer aux penchants abjects dont elle était l'inspiratrice, c'était témoigner le mépris qu'on avait pour elle. L'obscénité devenait ainsi, en quelque sorte, affaire de culte.

Le Temple était donc entaché d'hérésies, et d'hérésies déplorables. La condamnation prononcée contre l'ordre par la papauté, les supplices qui frappèrent le grand maître et un grand nombre de frères, étaient justifiés. Telle est la conclusion du livre remarquable dont nous nous occupons [1].

Nous n'avons pas la prétention téméraire de contester l'exactitude de cette conclusion ; nous n'avons pas qualité pour le faire. Nous nous permettrons seulement de remarquer que, pour justifier la thèse qu'il développe, M. Loiseleur s'appuie exclusivement, ou peu s'en faut, sur les *procédures* suivies contre l'ordre. Or, d'après nous, de tous les éléments de preuve, les procédures sont ceux dont la critique historique doit le plus se défier. Poursuivant toujours un but déterminé et marqué d'avance, le magistrat instructeur est fatalement amené à ne

[1] Le livre de M. Loiseleur n'a pas trait seulement à la doctrine secrète des templiers, il contient également un travail extrêmement curieux et intéressant sur la difficulté d'accorder la date des interrogatoires des templiers avec celles du pontificat de Clément V et sur la chronologie des principales bulles et lettres de Clément V, lettres de Philippe le Bel et autres pièces relatives à la suppression de l'ordre du Temple. M. Loiseleur, après avoir constaté la difficulté, essaye de la résoudre; lue à l'Académie des inscriptions et belles lettres, cette étude du savant auteur des *Crimes et des peines dans l'antiquité*, des *Problèmes historiques*, fut jugée par la docte assemblée digne du plus haut intérêt. Elle contenait, de l'avis général, la solution définitive de problèmes chronologiques que des hommes aussi érudits que M. Hauréau considéraient comme à peu près insolubles. M. Boutaric, à la suite des travaux de M. Loiseleur, a consacré à ces problèmes un article d'étendue considérable dans la *Revue* des questions historiques; il arrive aux mêmes résultats que M. Loiseleur.

Digitized by Google

considérer les faits qu'au point de vue spécial de l'affaire dont il s'occupe. S'il laisse les témoignages se produire en toute liberté, du moins est-ce lui qui les provoque, et la question, dans la plupart des cas, gouverne la réponse. L'instructeur peut n'abuser point de son autorité pour imposer aux accusés ou aux déposants les aveux ou les déclarations qu'il recherche, mais il est peu d'esprits assez fortement trempés pour lutter contre l'ascendant que donne nécessairement au magistrat la mission dont il est chargé, le caractère dont il est revêtu. Versées dans le moule uniforme d'un procès-verbal, les déclarations perdent leur véritable caractère. Le récit vivant et original de tout-à-l'heure n'est plus qu'une banale formule où viennent se résumer et disparaître les mille détails, les mille riens, qui seuls cependant permettent à la conviction de s'asseoir, à l'évidence de se faire jour. Toute procédure criminelle qui n'a point été passée au creuset d'une discussion publique et d'une libre contradiction, ne nous paraît donc devoir être accueillie par l'historien qu'avec une réserve extrême. Si telle est notre opinion sur la valeur probante des procédures criminelles unilatérales, à plus forte raison faisons-nous les réserves les plus absolues sur la force probante des procédures au moyen âge, conduites par un magistrat sans responsabilité et sans contrôle, ne contenant rien que ce qu'il a plu à l'instructeur d'y comprendre, ne prouvant rien dès lors que ce qu'il convenait à celui-ci de démontrer ; inspirées toujours par le désir de trouver un coupable partout où il y avait un accusé, de provoquer l'aveu partout où était né le soupçon, ayant pour auxiliaire, pour pivot, la torture. Plus encore que des instructions suivies devant les Cours laïques, nous devons nous défier des instructions suivies devant les Cours ecclésiastiques. Si l'inquisiteur laïque pouvait être impartial quelquefois, l'inquisiteur ecclésiastique ne pouvait presque jamais l'être. Pour le juge en Cour d'Église, l'intérêt de l'accusé devait nécessairement paraître bien petit en comparaison des intérêts de la religion même qu'il fallait défendre. Qu'était la vie, la liberté d'un homme en présence de la majesté de Dieu, offensée par l'hérétique? Et quelle garantie pouvait donner une juridiction qui admettait comme principe indiscutable que les dénégations du patient étaient une preuve, et

Digitized by Google

la plus convaincante, de sa culpabilité, où l'imagination du juge se donnait libre carrière, où les idées les plus bizarres prenaient droit de cité? Qu'on ne dise pas à la décharge de la procédure ecclésiastique qu'elle n'appliquait pas, habituellement au moins, la torture! Qu'importe si, pour provoquer l'aveu, l'inquisiteur faisait luire aux yeux de l'accusé la promesse de l'impunité, dans le cas où il se confesserait coupable?

Nous ne faisons pas ici d'hypothèses : les choses se sont ainsi passées lors de l'enquête suivie contre les templiers de Toscane. Si les déclarations résumées dans cette enquête, auxquelles M. Loiseleur attache une importance majeure, n'ont point été arrachées aux déposants par la torture, il résulte des pièces justificatives publiées à la fin du volume, des bulles du pape Clément V, que, à défaut de tortures, les inquisiteurs n'étaient pas restés à court de moyens pour provoquer les aveux des inculpés. Grâce était promise à tous ceux qui déclareraient leur faute et en témoigneraient leur repentir : et non pas grâce seulement; il serait accordé à tous ceux qui « avoueraient » les crimes et les hérésies reprochés au Temple, provision suffisante sur les biens de l'ordre confisqués pour vivre honorablement et d'une façon conforme à leur rang dans la société. Quant aux relaps, à ceux qui refuseraient de reconnaître leurs erreurs, ils seraient livrés au bras séculier, et justice serait faite. En de telles circonstances de fait nous ne pouvons accorder aux déclarations de l'enquête de Toscane beaucoup plus de valeur qu'aux enquêtes de France : les unes et les autres laissent planer dans notre esprit beaucoup de doutes sur la cause réelle de la condamnation des templiers.

Nous inclinons à penser que si, dans l'ordre du Temple, quelques hauts dignitaires ou dans les rangs inférieurs quelques illuminés professaient des doctrines religieuses qu'on pouvait traiter d'hérésies, la plupart des templiers s'inquiétaient fort peu des questions de dogmes. A quelques esprits exceptionnellement trempés, l'idée de la mort toujours présente peut inspirer un complet détachement du monde, de ses passions et de ses appétits, mais cette même idée, sur le commun des hommes, produit un effet contraire, elle les pousse à profiter de toutes les joies d'une vie qu'ils savent

Digitized by Google

à chaque instant menacée. C'est ce qui dut nécessairement arriver aux templiers, lesquels n'eurent bientôt plus qu'un désir, jouir le plus vite possible et le plus complétement des plaisirs d'un monde qu'ils craignaient de voir leur échapper. Quelques-uns essayèrent de justifier leurs passions, leurs fautes, leurs crimes mêmes, en prétendant leur donner un caractère religieux. Peu soucieux d'accorder leur vie à leurs anciens dogmes, ils prétendirent légitimer leur vie en invoquant des dogmes nouveaux : et de là naquit probablement la doctrine secrète dont M. Loiseleur nous donne le résumé. Les choses se passent ainsi habituellement : c'est là ce que l'on trouve au fond de toutes les hérésies, voire même au fond de beaucoup de religions qui ont acquis, par prescription, le droit de n'être plus discutées, et quelquefois de condamner les autres.

Si nous nous permettons de nous séparer quelque peu des conclusions du livre de M. Loiseleur, nous n'entendons, en aucune façon, en contester le mérite et méconnaître le très-grand intérêt, loin de là. L'étude de M. Loiseleur est une œuvre de critique et d'érudition historiques de l'ordre le plus élevé et de tous points digne de l'attention des lecteurs de la *Revue*. GABRIEL DEBACQ.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

---

945 — Paris. — Imprimerie CUSSET et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

de la Jurisprudence.

DROIT MARITIME.—EFFETS DE L'ABANDON DU NAVIRE ET DU FRET. ARTICLE 216 DU CODE DE COMMERCE.

(Arrêt de la Cour de cassation du 17 avril 1872.)

Par M. Gonse, avocat à la Cour de cassation.

L'arrêt récemment rendu par la Cour suprême tranche une question encore neuve; la solution qu'il consacre constitue un élément important de jurisprudence maritime. Le point débattu et jugé peut se formuler ainsi :

Lorsque l'armateur se prévaut des dispositions de l'article 216, § 2, du Code de commerce et déclare abandonner le navire et le fret, peut-il se refuser légitimement à rembourser aux créanciers le fret perçu par son capitaine, mais non approprié par lui-même?

La Cour de Rouen, dans un arrêt du 8 février 1870 très-fortement motivé en droit, avait admis la prétention de l'armateur; la Cour de cassation, après délibération, a adopté cette même solution dans un arrêt de rejet essentiellement doctrinal.

Plusieurs arrêts de Cours antérieurs ont déjà en quelque sorte effleuré la question, mais on ne peut dire qu'ils l'aient jugée. Les instances engagées paraissent avoir soulevé des débats spéciaux et n'avoir pas comporté une solution formelle. Il importe, en effet, de circonscrire soigneusement le terrain de discussion et de préciser avec netteté le nœud de la difficulté.

Lorsqu'un propriétaire de navire, pour échapper aux responsabilités qui lui incombent, fait abandon du navire et du fret, il peut se présenter, en ce qui concerne ce fret, des situations de fait extrêmement variées. Si l'armateur l'a perçu directement, il est obligé d'en tenir compte aux créanciers; nulle difficulté à cet égard. Si l'affréteur ou les divers chargeurs en sont encore redevables, les créanciers auront à agir contre eux et à s'en faire payer, sans que d'ail-

Digitized by Google

leurs, en cas d'insolvabilité, ils puissent prétendre à aucun recours contre l'armateur.

Mais il arrivera souvent que ni l'une ni l'autre de ces hypothèses ne se présentera; le fret sera versé entre les mains du capitaine, et au moment où l'armateur déclarera l'abandon, il ne lui aura pas encore été compté. Dans ce cas, les créanciers ne peuvent plus rien demander aux chargeurs qui se sont valablement libérés; peuvent-ils au moins s'adresser au propriétaire, et, bien qu'il n'ait en réalité rien reçu, le faire néanmoins considérer comme s'étant juridiquement approprié le fret par les mains de son capitaine?

Fréquemment, le propriétaire sera sans contestation déclaré responsable de la perception accomplie par son capitaine. C'est ce qui adviendra lorsqu'en outre du mandat général, le capitaine aura reçu de son armateur un mandat spécial dont celui-ci ne peut se dégager.

Ainsi si l'armateur, au départ ou en cours de voyage, invite expressément les chargeurs à verser directement leur fret entre les mains du capitaine, ou s'il charge formellement celui-ci de recevoir ce fret, il devient responsable du versement effectué et ne peut se décharger en invoquant l'article 216, § 2. Le plus souvent le fret ainsi versé sera employé à subvenir aux dépenses du navire. Le propriétaire aura ainsi remplacé par le fret la portion de son patrimoine qu'il entendait engager aux risques de mer; il en doit donc récompense aux ayants droit, aux créanciers abandonnataires.

Tels étaient les faits sur lesquels il a été statué par la Cour d'Aix dans un arrêt du 26 décembre 1860. Cette décision a été invoquée avec insistance par les demandeurs en cassation lors de l'arrêt du 17 avril. Elle a été rendue cependant dans des circonstances particulières qui sont signalées par son premier considérant : « Attendu, y est-il dit, que le navire *amiral Pléville* a été affrété pour transporter un chargement de sucre de la Havane à Marseille et qu'il a été convenu que le fret serait payable d'après le poids reconnu au débarquement, mais que les affréteurs avanceraient au capitaine, à valoir sur le fret, les fonds nécessaires pour les débours ordinaires du navire. »

Il y avait bien en ce cas une intervention particulière de

Digitized by Google

l'armateur. Lorsqu'on lui demandait le rapport du fret, ce n'était pas à raison de la responsabilité générale qui lui incombait, mais c'était parce qu'il avait donné à son capitaine un mandat spécial et l'avait chargé de recevoir par avance des fonds qu'il eût dû envoyer de Marseille s'il n'avait eu recours à cette combinaison. En cette circonstance le capitaine avait en réalité fait l'office d'un correspondant ou d'un consignataire.

La même solution devrait encore être donnée, alors que les avances de fret n'auraient pas été employées aux besoins du navire et n'avaient pas cette destination. Sans doute, on ne pourrait alors dire à l'armateur qu'il a pourvu avec le fret à des dépenses qu'il devait et voulait engager. Mais il reste toujours qu'il a donné à son capitaine un mandat spécial et a par cela seul accepté de le garantir. Les créanciers auxquels il fait l'abandon, sont fondés en ce cas à le rendre responsable d'un fait qui lui est directement imputable et leur a enlevé une partie de leur gage. L'article 216, § 2, ne peut l'autoriser à répudier ses propres actes, ni à se dégager du résultat d'agissements du capitaine auxquels il a lui-même participé.

Il en sera de même encore au cas où le fret aura été perçu par le capitaine sans l'intervention ou l'autorisation de l'armateur, mais aura été employé à des dépenses spécialement ordonnées par cet armateur, que ces dépenses d'ailleurs aient eu pour but l'intérêt du navire ou l'intérêt exclusif du propriétaire. Ce dernier est alors comptable des sommes ainsi dépensées pour lui et sur son ordre, soit envers le capitaine, soit envers les créanciers qui, à raison de l'abandon, actionnent le capitaine en restitution du fret.

Une décision de la Cour de Rennes, du 16 juin 1866 (D., 60, 2, 161), décide fort justement sur ce point que l'armateur ne peut user de la faculté de l'article 216, § 2, alors que, venu personnellement sur les lieux au moment d'un sinistre, il a approuvé les réparations, donné ses instructions et reconnu la nécessité d'un emprunt à la grosse. Les dépenses faites dans ces conditions doivent être considérées comme incombant personnellement au propriétaire; il ne peut s'en libérer, ni les faire supporter par les autres créanciers en les imputant sur le fret perçu par le capitaine.

Toutes ces distinctions reviennent à séparer nettement les

Digitized by Google

cas où le capitaine à reçu un mandat spécial. On ne peut alors permettre à l'armateur de se délier et de repousser les effets des obligations qui résultent de ses ordres. Ces solutions sur ces divers points sont d'ailleurs conformes aux décisions de la Cour suprême. Divers arrêts émanés d'elle ont soigneusement écarté l'application du § 2 de l'article 216, toutes les fois que les engagements du capitaine avaient été spécialement autorisés ou ultérieurement ratifiés par l'armateur. C'est ainsi qu'un arrêt du 7 novembre 1854 (D., 55, 1, 437) rend l'armateur responsable d'un achat de navire consenti par le capitaine seul, mais accepté plus tard par cet armateur. Ainsi encore un autre arrêt du 4 juillet 1864 (D., 64, 1, 259) déclare qu'on ne saurait étendre la faculté d'abandon à des engagements que l'armateur avait lui même contractés.

Il est un point spécial qui peut être rattaché à cette observation générale, mais qu'il importe cependant de signaler. Les matelots et les autres gens de l'équipage ont, de par l'article 271 du Code de commerce, un privilége sur le fret. Ce privilége empêchera-t-il l'armateur d'exerçer à leur égard la faculté d'abandon alors que ce fret a disparu par le fait du capitaine? Rien dans la loi n'autoriserait cette exception favorable au principe général et absolu. Mais tout en le reconnaissant, il convient de tenir compte de la disposition spéciale de l'article 223 du Code de commerce. D'après cet article, les matelots et autres gens de l'équipage doivent être engagés au port d'armement par le capitaine *de concert* avec les propriétaires. Bien que ces derniers n'interviennent pas toujours dans la conclusion de ces contrats, ils doivent cependant être présumés les connaître et les approuver. Il résulte de là pour les propriétaires envers l'équipage une obligation personnelle dont l'abandon ne peut les libérer. C'est en ce sens qu'il a été statué par arrêt de la Chambre des requêtes du 30 août 1859 (D., 59, 1 350). Antérieurement, le 1er août 1853, la Cour de Bordeaux avait déjà rendu un arrêt analogue (D., 54, 2, 43). Ce dernier arrêt distingue avec juste raison les engagements passés au port d'armement et ceux consentis par le capitaine en cours de voyage. Pour ces derniers, les intéressés sont renvoyés à se pourvoir sur le navire et le fret abandonnés.

Digitized by Google

Cette doctrine devrait, dans la question qui nous occupe, recevoir l'application suivante : non-seulement l'armateur ne pourrait refuser de tenir compte personnellement à l'équipage engagé avec sa participation des gages qui lui seraient dus, mais encore, au cas où le fret perçu aurait été employé par le capitaine à solder ces gages, l'armateur en faisant l'abandon, devrait compte aux créanciers des sommes ainsi payées. Vainement cet armateur prétendrait-il que ces gages étaient une charge spéciale et privilégiée du fret. Cette affectation est tout en faveur de l équipage; à l'égard des créanciers, ces gages ne sont qu'une des dépenses de l'armement consenties par le propriétaire et dont il ne peut demander à être indemnisé; c'est là précisément en effet un des éléments de cette portion de patrimoine aventurée et qu'on désigne sous le nom de *fortune de mer*.

Ces préliminaires étant posés, on peut aisément se placer en présence des faits juridiques de l'instance tranchée par l'arrêt du 17 avril. Des porteurs de contrats à la grosse, ou des créanciers à un titre quelconque, autres que des matelots, s'adressent à l'armateur et lui demandent la restitution du fret perçu par le capitaine; ils ne justifient ni que ce versement ait eu lieu sur des instructions spéciales émanées de lui, ni que les fonds versés aient reçu un emploi autorisé ou ratifié par lui; l'armateur alors sera-il recevable à opposer l'article 216, § 2, et à renvoyer purement et simplement ces créanciers à se pourvoir contre le capitaine quelle que puisse être la solvabilité de celui-ci? La question se pose ainsi dans sa généralité et sans que rien d'accessoire y vienne jeter quelque confusion. La perception du fret donne-t-elle naissance par elle-même à un principe d'obligation particulier auquel l'armateur ne puisse se soustraire ou rentre-t-elle dans les *faits* du capitaine qu'il est autorisé à répudier?

L'article 216 n'est pas, dans notre Code de commerce, une disposition édictée spontanément et de toute pièce par le législateur. Il n'a d'abord été que la reproduction d'une des règles de notre ancien droit; ce n'est qu'en 1841 qu'une révision le modifia profondément et que son texte fut rédigé comme il l'est actuellement.

L'ordonnance de 1681 portait : « Les propriétaires de navires seront responsables des *faits* du maître, mais ils en de-

Digitized by Google

meureront déchargés en abandonnant le navire et le fret. » (Ch. 2, t. 8, art. 8.) De vives discussions s'élevèrent sous l'ancien droit sur l'interprétation de cet article. En Provence, on admettait généralement d'après la doctrine d'Émérigon (*Traité des cont. à la grosse*, chap. IV, sect. II) que la faculté de se libérer par abandon devait être accordée à l'armateur dans *tous les cas*, qu'il s'agît d'obligations résultant de délits ou de quasi-délits, ou qu'il s'agît d'engagements proprement dits. Dans tout le nord de la France au contraire, on suivait la doctrine de Valin (obs. sur le titre 8, chap. 2, de l'ordonn.). D'après lui, le droit d'abandon n'avait d'effet qu'au regard des actes illicites et pour les cas où le capitaine avait manqué à ses devoirs.

Cette controverse prenait sa source dans d'anciens usages. Dans le nord, à côté d'une loi du Digeste (1, § 7 et 8, *De exercitoria actione*) qui déclarait l'armateur, *exercitor*, personnellement tenu non-seulement des engagements du patron, mais encore des délits et des quasi-délits commis par lui ou les gens de l'équipage, on appliquait diverses dispositions des ordonnances de 1415, 1543 et 1584, qui limitaient à la valeur du navire la responsabilité du propriétaire à raison des dommages causés par son préposé. Les rôles d'Oleron en vigueur dans ces contrées ne contenaient rien de contraire à ces prescriptions.

Dans le midi, au contraire, on se fondait sur un autre principe du droit romain (L. 218, au Digeste, *De verborum significatione*). En cette matière on appliquait d'ailleurs les règles spéciales du *Consulat de la mer* (chap. CXCIV-CCXXXIX). — D'après ces règles et les usages locaux, l'armement constituait un contrat dit *de commande*. Le capitaine avait une personnalité juridique distincte de celle de son armateur; il était désigné sous le nom de *commandataire*. Sa situation n'était pas celle d'un mandataire ordinaire, mais présentait de l'analogie avec celle qu'a de nos jours un gérant commandité.

L'ancien article 216 reproduisit en grande partie le texte de l'ordonnance; il ne réglementa également la responsabilité du propriétaire de navire qu'eu égard aux *faits* du capitaine. L'ancienne controverse reparut. Le tribunal de Marseille et la Cour d'Aix adoptèrent la doctrine d'Émérigon

Digitized by Google

plus favorable aux armateurs. Par contre, les Cours de Rouen et de Bruxelles sanctionnèrent à diverses reprises celle enseignée par Valin. — Enfin la Cour de cassation se prononça et fixa la jurisprudence. Un premier arrêt intervint le 16 juillet 1827 (S., 27, 1, 394. — D. P., 27, 1, 307).

Longuement délibéré et soigneusement motivé, il consacra la pratique anciennement suivie dans le nord et décida que les expressions *faits du capitaine*, insérées dans l'article 216, ne devaient s'entendre que des délits et quasi-délits. — Les 14 mai 1833 et 1er juillet 1834 (S., 33, 1, 353; — 34, 1, 515), de nouveaux arrêts de la Cour de cassation vinrent confirmer et fortifier cette interprétation.

Mais de nombreuses réclamations ne tardèrent pas à s'élever. La restriction ainsi posée à la faculté d'abandon souleva les plaintes des propriétaires de navires. Elle décourageait, dirent-ils, le commerce maritime et en détournait les gens prudents; une responsabilitée illimitée des engagements du capitaine ne pouvait être acceptée que par des armateurs téméraires. — On obtint ainsi une révision de la loi.

La loi des 14-17 juin 1841 fut présentée et adoptée par les Chambres. Elle tranche dans le sens des armateurs la question agitée. La discussion met en lumière l'esprit qui a inspiré le législateur. — Réduire à la *fortune de mer* les risques de l'armement, tel est le but que l'on voulait atteindre. Néanmoins, à cette occasion, des doutes se produisirent et de sérieuses contestations s'élevèrent sur l'efficacité de la loi. Les objections alors mises en avant peuvent être incontestablement reproduites de nos jours. — Diminuer, disait-on, le crédit de l'armateur, c'est lui enlever un de ses principaux moyens d'action; en lui permettant de restreindre sa responsabilité, on le rendra moins vigilant dans le choix de son capitaine, on diminuera l'intérêt qu'il doit avoir aux succès de ses entreprises. Entre le capitaine et l'armateur l'union doit être intime; autoriser le mandant à désavouer son mandataire, c'est ébranler le contrat de mandat qui cimente cette union. On veut protéger le commerce maritime, ne va-t-on pas rétrécir son action et entraver son essor que l'on croit encourager? L'armateur s'engage à transporter des marchandises moyennant une somme déterminée; en modifiant l'ar-

Digitized by Google

ticle 216 et par voie de conséquence l'article 298, on enlève au chargeur la garantie qui lui est due, on altère le contrat d'affrétement.

Les adversaires de la loi invoquaient en outre l'exemple des législations étrangères. Chez les nations dont la prospérité commerciale est portée au plus haut point, le principe de la responsabilité illimitée est adopté tout au moins quant aux engagements consentis par le capitaine. C'est en ce sens que sont conçus les articles 621 et 622 du Code de commerce espagnol. Aux États-Unis et en Angleterre, les usages suivis sont également conformes à ce principe.

Voici en effet la disposition principale d'un statut de Georges III, du 21 juillet 1813, chap. 159, qui paraît être sur ce point la règle suivie par la législation anglaise :

« Qu'il soit établi qu'aucunes personnes qui sont ou seront propriétaires ou copropriétaires de quelque navire ou vaisseau, ne seront responsables des dommages ou pertes causés par quelque fait, négligence ou affaire ou chose faite, omise ou occasionnée sans la faute et la participation de ces propriétaires, qui peuvent arriver aux effets, provisions, marchandises ou autres choses chargées sur tout navire ou vaisseau après le 1er septembre 1813, ou qui après ce 1er septembre 1813 pourront arriver à tout navire ou vaisseau ou aux effets, marchandises ou autres choses chargées, au delà de la valeur de ce navire ou vaisseau et du fret *dû* ou qui se trouvera dû pour et durant le voyage qui se fait ou pour lequel il existe un contrat passé au temps de l'arrivée desdits dommages ou pertes. » (V. Duvergier, note sur la loi du 17 juin 1841; le statut est reproduit en entier.)

D'après ce statut, c'est bien en effet seulement pour des faits analogues à ce que notre législation entend par délits et quasi-délits, que l'armateur peut limiter cette responsabilité. C'était la jurisprudence adoptée sous l'empire de l'article 216. Malgré les demandes des chambres de commerce, un certain nombre de députés en demandaient le maintien.

A ces considérations on répondit qu'une certaine protection était nécessaire au caractère plus timide et moins aventureux de nos commerçants; que chaque nation avait ses tendances spéciales et un génie particulier dont devait tenir grand compte un législateur prudent. Sans doute, les char-

Digitized by Google

geurs peuvent être attirés vers les navires étrangers par la perspective d'une responsabilité absolue de la part des propriétaires, sans doute aussi les capitaines qui, loin de leur port d'attache, ne peuvent offrir aux prêteurs comme garantie que le navire et le fret, trouveront moins de crédit. Mais, d'autre part, les armateurs seront plus nombreux ; rassurés sur l'étendue des risques qu'ils courent, ils pourront sensiblement abaisser les frets et ramener ainsi à eux les chargeurs. Enfin, et c'était là un argument décisif, les chambres de commerce de toutes les villes maritimes insistaient pour que la responsabilité des armateurs fût dans tous les cas limitée au navire et au fret.

Relativement aux législations étrangères, on fit valoir d'ailleurs qu'un certain nombre d'entre elles se rapprochaient de la nôtre. Ainsi en est-il en Portugal (Code, art. 1344), en Hollande (Code, art. 321), en Danemark (Code de 1683, liv. 4, chap. 2, art. 5, et chap. 5, art. 15), en Suède (Loi maritime de 1667, sect. 2, chap. 16), en Russie (Code, art. 648 et 649).

Pour mieux confirmer la pensée qui inspirait la modification de l'article 216, on crut devoir modifier aussi l'article 298 qui prévoit le cas où en cours de voyage le capitaine est forcé de vendre des marchandises pour subvenir aux besoins du navire et celui où le navire a péri. — Dans ces deux cas, disait l'article 298, l'armateur doit aux chargeurs le prix des marchandises et ceux-ci doivent payer le fret. Pour mettre cette disposition en rapport avec le nouvel article 216, la loi de 1841 y ajouta : Sauf le droit réservé au propriétaire de navire par le § 2 de l'article 216.

Par suite de cette disposition, et pour restreindre ce qu'elle avait de particulièrement rigoureux pour les chargeurs, on fut amené à toucher également à l'article 234. — Un troisième paragraphe fut inséré à la suite du texte ancien pour permettre aux chargeurs de s'opposer à la vente où à la mise en gage de leurs marchandises et de les décharger en payant une partie du fret.

Dans la pensée qui présidait à la confection de la loi de 1841 et pour mieux assurer cette protection que l'on croyait nécessaire aux entreprises maritimes, on alla même jusqu'à décider que le montant des assurances n'en resterait pas moins acquis à l'armateur qui déclarerait faire abandon.

Digitized by Google

— Plusieurs Cours d'appel avaient cependant demandé une disposition en sens contraire, et M. Persil présenta un amendement rédigé dans cette même pensée. Mais cet amendement fut repoussé. Le but de la loi, dit-on, est d'empêcher que désormais la fortune de terre de l'armateur ne puisse être contre son gré compromise par les hasards de la navigation. Si la perte de l'assurance doit être la conséquence nécessaire de l'abandon du navire, ce que l'armateur ne perdra pas parce que sa responsabilité sera limitée, il le perdra sur la représentation de son navire. L'interdiction de faire assurer le fret suffit d'ailleurs pour l'intéresser à l'heureuse issue de l'expédition. La prime est une portion de sa fortune de terre payée en vue d'un événement incertain; l'événement se réalisant, c'est cette portion du patrimoine mise à couvert des risques de mer qui doit légitimement profiter du contrat aléatoire.

Il peut ainsi y avoir tout à la fois délaissement et abandon du navire. L'assureur se trouve en ce cas substitué à l'armateur à l'égard des créanciers.

C'est ainsi qu'en 1841 le principe de la responsabilité limitée des armateurs fut adopté avec toutes ses conséquences. L'entreprise d'armement est ainsi revenue dans notre législation, à ce qu'était l'ancien contrat de *commande* du *Consulat de la mer*, lequel pourrait, soit dit en passant, être considéré comme l'origine de nos sociétés en *commandite*. Le caractère distinctif n'en est-il pas la faculté de limiter volontairement les risques courus? — Les capitaines, comme les gérants, ne peuvent entraîner les intéressés dans des pertes imprévues et non acceptées.

La règle ainsi posée a été constamment appliquée depuis dans toute son étendue. C'est ainsi que le 10 août 1869 (S., 69, 1, 341) la Cour de cassation, chambre des requêtes, la prit pour base de son arrêt dans des circonstances qui peuvent paraître rigoureuses. Un navire fut à Valparaiso l'objet d'une saisie. Le capitaine obtint de ses consignataires qu'ils se portassent caution; il put ainsi faire prononcer mainlevée et continuer son voyage. — Le navire se perdit ensuite dans un naufrage. La Cour de Rouen et la Cour de cassation après elle n'en déclarèrent pas moins qu'à l'égard des cautions qui, condamnées par la juridiction étrangère,

Digitized by Google

avaient dû payer une somme importante, les armateurs s'étaient valablement libérés par l'abandon qu'ils avaient déclaré faire du navire et du fret. L'arrêt de rejet mit en lumière le caractère absolu des dispositions de l'article 216, § 2, qui, dans *tous les cas*, permet à l'armateur de briser les liens d'un contrat auquel il est resté étranger.

Le principe n'est plus aujourd'hui juridiquement contestable. Au moment où les questions de protection industrielle et maritime donnent lieu à des discussions vives et nombreuses, la garantie spéciale qu'il consacre pourrait encore être remise en question. Les marines marchandes les plus puissantes se sont développées et ont grandi sans que les intérêts des armateurs aient réclamé la sauvegarde établie dans nos lois. Il faut constater cependant que les deux Codes de commerce, les plus récents, celui de l'Italie et de l'Allemagne, contiennent des dispositions analogues à l'article 216.

En Italie, le nouveau Code de commerce a été promulgué le 25 juin 1865. L'article 311 est la traduction littérale de notre article 216.

Le Code de commerce adopté en Allemagne depuis 1861, et aujourd'hui loi de l'empire, consacre à ce point particulier plusieurs articles ainsi conçus :

« 451. L'armateur est responsable des dommages causés aux tiers par suite de fautes commises par les gens de l'équipage dans les actes de leur service.

« 452. L'armateur ne peut être tenu personnellement, mais seulement jusqu'à concurrence du navire et du fret, dans les cas suivants :

« 1° Lorsque la demande est fondée sur un engagement consenti par le capitaine en sa qualité en vertu de ses pouvoirs légaux, et non par suite d'un mandat spécial ;

« 2° Lorsque la demande est fondée sur ce qu'un engagement consenti par l'armateur n'a pas été rempli, ou a été rempli d'une façon incomplète ou défectueuse, alors que l'accomplissement de cet engagement rentrait dans les devoirs du capitaine, sans qu'il y ait à distinguer si l'omission ou l'exécution imparfaite est imputable ou non à une personne de l'équipage ;

« 3° Lorsque la demande est fondée sur la faute d'un des membres de l'équipage.

Digitized by Google

« Dans les cas prévus aux §§ 1 et 2, l'article ne doit pas être appliqué si la faute de l'inaccomplissement de l'engagement est imputable à l'armateur lui-même, ou s'il a lui-même garanti spécialement cet accomplissement.

« 453. L'armateur est responsable personnellement et non pas seulement sur le navire et le fret, des gages et des loyers convenus, dus à l'équipage.

« Cependant si le navire est perdu pour l'armateur sans faute de sa part et avant la fin du voyage, notamment s'il éprouve un sinistre, s'il est déclaré irréparable ou ne valant pas la réparation et dans ce dernier cas vendu publiquement sans délai; s'il est volé ; s'il est pris ou saisi et déclaré de bonne prise; dans tous ces cas l'armateur ne garantit pas personnellement, les gages afférents au voyage non achevé, ou à la partie de voyage non effectuée si ce voyage se divise en plusieurs parties. La dernière partie du voyage commence dans le port où le navire a pris son dernier chargement ou a fait son déchargement, au moment où a commencé ce chargement ou fini le déchargement. Un port de refuge n'est pas assimilé à un port de chargement ou de déchargement dans le sens de cette disposition. Dans aucun de ces cas, l'armateur n'est autorisé à réclamer les arrhes ou avances déjà payées. »

On peut juger ainsi que le système germanique, assez compliqué peut-être, est néanmoins analogue à celui de notre article 216 sur les points principaux.

Cette recherche un peu longue pour arriver à préciser avec le plus de certitude possible l'esprit de la disposition de notre Code, n'a cependant retardé qu'en apparence l'exposé du point spécial, objet de ce travail. Elle nous y ramène et éclaire singulièrement la solution du débat qu'il a pour but d'apprécier.

Comment, en effet, pourrait-on concilier l'esprit qui a dicté la modification adoptée en 1841 avec la prétention de faire payer par l'armateur un fret qui n'est pas venu accroître son avoir, et ce au détriment de sa fortune de terre? Voici en effet ce propriétaire de navire qui fait les dépenses d'armement et met son navire en pleine mer. Sa fortune de mer est aventurée, mais aussi nul ne peut sans son consentement l'engager au delà. Ce résultat sera-t-il acquis si, à son insu, le capitaine obtient des avances de fret, puis qu'au retour,

Digitized by Google

poursuivi par des porteurs de contrats à la grosse, l'armateur ne puisse abandonner son navire sans reconstituer ces avances dissipées par un capitaine insolvable? Il perdrait alors au delà de sa fortune de mer et verrait compromis le patrimoine qu'il avait le droit de croire à l'abri de tout risque maritime. Quelle raison plausible y aurait-il, pour ce cas unique, de faire échec à tout un système de protection dont on a pu pénétrer plus haut toute la portée et dont les conséquences ont été prévues et si fermement voulues par le législateur?

Sans aucun doute on peut invoquer l'intérêt et la bonne foi des créanciers. Ce seraient là des considérations pour battre en brèche l'article 216 lui même, mais non des motifs pour introduire dans son application des distinctions arbitraires. De ce que le capitaine a perçu le fret, l'intérêt et la bonne foi des créanciers n'en sont pour cela ni plus ni moins dignes de respect. Leur situation est identique en ce cas à ce qu'elle est toutes les fois que l'armateur échappe à la responsabilité illimitée par l'abandon du navire et du fret.

Si d'ailleurs, après avoir étudié le sens général et l'esprit de l'article 216, on presse davantage le texte, on est aisément convaincu que la solution donnée par l'arrêt du 17 avril est justifiée en tout point. Les expressions dans lesquelles est conçu le § 2 de l'article sont en effet générales et absolues. Après avoir dit dans le § 1 : « Tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine et tenu des engagements contractés par ce dernier, pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition, » l'article ajoute dans le § 2 : « Il peut dans *tous les cas* s'affranchir des obligations ci-dessus par l'abandon du navire et du fret. »

Cette rédaction ne comporte aucune exception; aucune circonstance n'est réservée; aucune distinction n'est posée. La faculté de se libérer est absolue; elle est accordée à l'armateur dans les termes les plus larges et les plus compréhensifs.

Mais, dit-on, ce n'est pas, à vrai dire, en sa qualité propre qu'agit ici le capitaine. Il perçoit le fret comme le ferait un consignataire. Or, en ce cas, l'armateur pour le compte duquel un consignataire aurait reçu, serait responsable du fret. Il n'y a nulle raison de ne pas appliquer une règle uniforme à deux situations identiques.

Digitized by Google

On peut tout d'abord répondre qu'il faut nécessairement distinguer là où la loi distingue. Aucune disposition de loi ne permet à l'armateur de répudier la responsabilité qui lui incombe du fait de son consignataire. Un article spécial l'y autorise lorsqu'il est poursuivi par suite d'un acte du capitaine.

Mais il faut ajouter que la loi a eu raison de distinguer. La solvabilité et une bonne administration financière ne sont pas les seules conditions d'aptitude que l'on ait à exiger d'un capitaine de navire. Le choix n'est pas libre à son égard. La loi exige pour remplir ces fonctions que certains examens professionnels aient été subis. L'armateur n'est donc pas absolument maître de ses actions, il lui faut se renfermer pour prendre un capitaine dans une catégorie spéciale d'individus. En outre, ce qui le guidera surtout dans ce choix, ce seront les qualités professionnelles et maritimes. Il doit se préoccuper tout d'abord de confier son navire à un homme expérimenté, capable de le bien conduire à la mer. C'est un capitaine qu'il choisit et non un comptable. Il ne peut avoir spécialement en vue la gestion financière. Cette gestion n'est pour le capitaine qu'un accessoire imposé par les circonstances. Il est à ce point de vue un mandataire nécessaire et non choisi en toute liberté. C'est à raison de ce caractère et de la généralité du mandat que la disposition de l'article 216 a été édictée. Lorsque le capitaine perçoit le fret, il ne fait qu'accomplir précisément un des actes accessoires de ses fonctions que l'armateur n'a pas prévu et pour lequel il ne l'a pas investi spécialement de sa confiance.

Il en est tout autrement du consignataire. Pour recevoir le fret, il a reçu une autorisation spéciale; il a été librement désigné, et le pouvoir qui lui a été donné aurait pu ne pas lui être conféré. Il est donc le représentant de l'armateur dans toute la force des termes. S'il ne présente pas de garantie, son mandant ne peut s'en prendre qu'à lui-même. Versé à un délégué spécial que rien ne contraignait d'autoriser à cet effet, le fret doit être réputé perçu par l'armateur lui-même.

Veut-on chercher une autre objection? Dira-t-on qu'il n'y a pas là d'*engagement* du capitaine, que l'article 216, § 2, n'a en vue que les contrats à la grosse, les emprunts et les autres

Digitized by Google

obligations que peut consentir le capitaine, mais en nulle façon la situation qui résulte de la perception du fret?

A l'encontre de cette considération, il convient en premier lieu de faire valoir que tous les éléments d'un engagement par quasi-contrat se trouvent dans la perception du fret. Le capitaine, en le recevant, s'oblige par cela même à le restituer à qui il appartiendra. S'il ne peut remplir cet engagement envers les créanciers qui ont droit au fret par suite de l'abandon, on se trouve dans les termes de l'article 216 et l'on ne peut rendre l'armateur responsable de ce que le capitaine ne peut satisfaire à une obligation quasi-contractuelle qu'il a assumée.

Mais il n'est pas besoin d'insister sur cette réponse. Ce n'est pas seulement d'engagements que parle l'article 216, mais aussi de *faits*. Or si l'on conteste que la perception du fret constitue un engagement par quasi-contrat, tout au moins ne peut-on disconvenir que ce soit un *fait*; cette expression comprend tous les principes d'obligations auxquels ne s'appliquera pas le mot engagements. Il n'est donc aucun moyen d'échapper à la rigueur du texte.

Sur quoi pourrait donc se fonder l'action des créanciers contre l'armateur? Ils ne peuvent invoquer contre lui aucun lien direct d'obligation ni agir par action personnelle, puisque le fret qui leur appartient en leur qualité d'abandonnataires, n'a pas passé entre ses mains. L'action en restitution manquerait de sa base essentielle. Ils ne peuvent davantage se prévaloir contre lui d'une action en responsabilité, eu égard à sa qualité de mandant. Ce lien de mandat qui unissait l'armateur au capitaine, la loi déclare expressément qu'il est irrévocablement et absolument brisé. Du moment de l'abandon, ils constituent chacun une personnalité étrangère l'un a l'autre. Pour maintenir ce rapport légal dans un cas exceptionnel, il faudrait une disposition expresse de la loi. En l'absence de cette disposition, l'action récursoire ne pourrait pas plus que l'action directe s'appuyer sur aucun principe juridique.

C'est donc en présence du capitaine seul que se doivent placer les créanciers, c'est contre lui qu'ils peuvent seulement agir. Il leur doit compte du fret qu'il a perçu. A eux de discuter ce compte, de faire réduire, s'il y a lieu, les sommes

Digitized by Google

prétendues employées pour le navire ou l'expédition, et de supporter, le cas échéant, les chances d'insolvabilité.

C'est ainsi qu'avaient jugé le tribunal de commerce du Havre et la Cour de Rouen. Contrairement aux conclusions de son avocat général, la Chambre civile de la Cour de cassation a sanctionné cette doctrine. Cet arrêt n'étant pas encore publié dans les recueils, est reproduit ci-dessous pour résumer cette étude.

« La Cour; — Attendu qu'aux termes de l'article 216 du Code de commerce le propriétaire du navire peut, dans tous les cas, s'affranchir de la responsabilité des faits du capitaine relatifs au navire et à l'expédition, en abandonnant le navire et le fret; — Attendu que l'arrêt attaqué constate en fait que le capitaine du navire *Malherbe* ayant touché tout ou partie du fret les propriétaires de ce même navire n'en ont rien encaissé; — Attendu en droit que si le capitaine a généralement, en vertu du mandat nécessaire et spécial qu'il tient de sa qualité et de la loi, pouvoir de toucher le fret pour le propriétaire, il n'en résulte pas que celui-ci doive être réputé avoir reçu lui-même ce que le capitaine a touché en sadite qualité; que les règles du mandat ordinaire à cet égard n'ont pas ici d'application; — Attendu, en effet, que l'article précité, en permettant au propriétaire du navire de s'affranchir, dans tous les cas, de la responsabilité des faits des capitaines, par l'abandon du navire et du fret, n'en excepte pas le cas où le capitaine a touché le fret sans lui en tenir compte et où ce fret est réclamé au propriétaire en vertu de l'article 216; que pour s'exonérer de la responsabilité de ce fait, comme de tous autres faits du capitaine, le propriétaire ne doit qu'un abandon du navire et du fret, et satisfait conséquemment à ses obligations en abandonnant aux créanciers tous les droits qu'il peut avoir contre le capitaine pour le recouvrement du fret; — Rejette, etc. »

R. GONSE.

Digitized by Google

ÉTUDE SUR LA RÉFORME DES ARTICLES 331, 335 DU CODE CIVIL,

PROPOSÉE

à l'Assemblée nationale par *M. Mazerat*, député.

Par H. Duvergey,
membre de l'ex-Faculté de droit de Strasbourg,
juge au tribunal civil de Tournon.

Les Codes français ont eu à subir pour la plupart des modifications profondes depuis l'époque de leur promulgation. Plus d'une fois, il a fallu les mettre en rapport avec les changements considérables survenus dans l'ordre social, dans les conditions économiques et politiques de la nation, avec les leçons toujours si utiles de l'expérience. Seul le Code civil a presque complétement échappé aux réformateurs. Ce n'est pas à dire pour cela que ce Code soit une œuvre parfaite à tous les points de vue et qu'il présente la dernière expression de la science juridique contemporaine. Si l'ensemble en est encore satisfaisant, les détails attirent bien souvent les observations et les critiques des jurisconsultes les plus bienveillants. Mais ce n'est pas au lendemain de nos désastres, quand les lois fondamentales sont remises en question, que nous pouvons espérer une révision complète de nos lois civiles.

Il nous suffit pour le moment que l'Assemblée ne se désintéresse pas complétement de ces sévères questions de droit pur, dont la solution a bien aussi son importance pour l'avenir du pays.

Grâce à la proposition déposée le 6 mai par M. Mazerat, l'Assemblée se trouve appelée à ajouter une pierre à ce grand édifice qui abrite la société française depuis soixante-dix ans et qu'on appelle le Code civil. Nous espérons que l'Assemblée ne refusera pas d'entendre l'appel qui lui est adressé, d'autant mieux que le sujet est digne de son intérêt à tous les points de vue.

Tout le monde sait qu'aux termes de l'article 164 du Code civil le mariage entre beau-frère et belle-sœur, oncle et nièce, tante et neveu, devient possible à l'aide de dispenses que le gouvernement a la faculté d'accorder. Bon ou mauvais en

Digitized by Google

lui-même, ce système aboutit à rendre licites et régulières des relations qui sans lui ne pourraient jamais être qu'incestueuses. Mais la loi qui légitime ainsi l'avenir n'a-t-elle rien voulu faire pour le passé! Si les époux d'aujourd'hui ont été les amants d'hier, et que des enfants soient nés de leurs rapports, ces enfants seront-ils admis aux bienfaits de la légitimation, comme le seraient des enfants naturels simples? Continueront-ils au contraire à être marqués du vice originel, de l'inceste que la loi a effacé dans la personne des auteurs de leurs jours?

La question est une de celles qui ont le plus divisé les commentateurs et les tribunaux.

Pour les uns, le droit des enfants à la légitimation ne saurait être mis en doute. Ainsi M. le procureur général Dupin disait à la Chambre le 3 mars 1838, à l'occasion d'une pétition demandant à ce sujet une réforme législative : « Ou le gou-« vernement accordera l'autorisation, ou il la refusera; mais « s'il l'accorde, je vous déclare que la légitimation suivra le « mariage par la force même du mariage et des effets comme « des grâces qui y sont attachés.[1] » L'inutilité d'une réforme législative paraissait tout aussi certaine à la commission : « Refuser la légitimation, avait dit le rapporteur, ce « serait déshériter la loi du 12 avril 1836 de sa plus belle « prérogative, manquer son but, méconnaître son esprit. » Tel aussi l'avis de MM. Malleville[2], Paul Pont[3], et Toullier[4].

Mais à côté de ces autorités, il y en a beaucoup d'autres, MM. Marcadé[5], Demolombe[6], Aubry et Rau[7], Duvergier[8], auxquels il paraît impossible d'accorder à ces enfants le bienfait de la légitimation.

Si nous examinons la jurisprudence, nous voyons qu'elle n'est guère moins divisée que la doctrine. Si les derniers ar-

[1] *Moniteur* du 4 mars 1838.
[2] Sur l'article 331.
[3] *Revue de législation et de jurisprudence*, t. VIII, p. 150.
[4] II, 933.
[5] Sur l'article 331, n° 2.
[6] V. 352 et suiv.
[7] IV, p. 596, 3e édition.
[8] Sur Toullier, II, n° 933, note *a*.

Digitized by Google

rêts[1] sont en faveur des enfants, il faut reconnaître que d'autres arrêts presque aussi récents soutiennent la doctrine qui leur est contraire[2]. Du reste, il suffit de jeter un coup d'œil sur les arguments invoqués de part et d'autre pour ne pas être surpris de cette lutte obstinée et se convaincre que l'intervention du législateur peut seule mettre fin à la controverse.

Le droit romain ne peut fournir d'argument sérieux pas plus à l'un qu'à l'autre système. On ne connaissait pas à Rome l'usage des dispenses, et dès lors les jurisconsultes n'eurent jamais à rechercher quel pouvait être dans le passé l'effet d'un mariage contracté entre proches parents ou alliés, grâce à des dispenses. Ce n'est pas à dire pour cela qu'une hypothèse semblable à la nôtre fût impossible en droit romain puisque dans certains cas, par exemple celui d'adoption, l'émancipation faisait cesser dans l'avenir l'empêchement au mariage provenant de la parenté. Mais l'enfant né ou même simplement conçu avant l'émancipation *ex coitu nefario*, d'un commerce criminel, est un enfant incestueux devant lequel se dressera toujours l'inflexibilité du principe qui prohibe la légitimation des enfants autres que les enfants issus d'un concubinat, sorte d'union reconnue par la loi.

Je ne crois pas qu'on puisse tirer un argument sérieux contre ce que je viens d'avancer ni de la loi 57, § 1, Dig., *De ritu nuptiarum*, ni de la loi 4, f., Cod., *De inc. et inut. nuptiis*, où il n'est question à vrai dire que des effets d'un mariage nul contracté de bonne foi entre parents.

La question de savoir si l'enfant né de relations illicites entre parents ou alliés sera légitimé par le mariage subséquent est débattue dans notre ancien droit, et nous en pénétrons facilement les motifs. D'abord les textes législatifs étant rares, la doctrine et la jurisprudence formaient une sorte de droit prétorien qui tendait à modifier les principes trop rigoureux. Ensuite la Cour de Rome avait exagéré les empêchements fondés sur la parenté et l'alliance, voulant

[1] Cass. 22 janvier 1867 (Sir, 1867, I, 49). — Paris, 20 juillet 1867 (Sir., 67, II, 312).— Aix, 22 août 1867 (Sir., 68, II, 278).

[2] Colmar, 13 mars 1866. — Douai, 1er février 1864.

Digitized by Google

multiplier les liens d'affection entre des familles étrangères l'une à l'autre. Dans une législation qui d'un côté prohibait comme incestueux non-seulement le mariage entre cousins, mais aussi le mariage entre filleuls et parrains ou marraines, et même l'union de ces derniers entre eux, etc., mais qui d'un autre côté accordait plus ou moins facilement la levée de l'empêchement et permettait le mariage moyennant dispense, il eût été trop rigoureux de ne pas venir au secours des enfants nés avant la célébration du mariage. Aussi dans la plupart des cas leur faisait-on l'application de la décrétale *Tanta vis* du pape Alexandre III qui forme le chapitre VI du titre « *Qui filii sint legitimi* de la collection de Grégoire IX et qui commence en ces termes : « Tanta vis est sacramenti « ut qui antea sunt geniti, per contractum matrimonium le- « gitimi habeantur.» Je dis que les enfants déjà nés en profitaient ordinairement, mais la règle était si peu absolue qu'elle ne s'appliquait pas aux enfants à propos desquels la question se pose aujourd'hui, c'est-à dire aux enfants de beaux-frères et belles-sœurs, d'oncles et nièces, tantes et neveux. En effet, plusieurs arrêts du Parlement de Paris rapportés par Merlin [1] et en date des 17 avril 1711, 4 juin 1725 et 11 août 1738 ont déclaré légitimés des enfants nés de cousins germains avant le mariage de ces derniers contracté avec dispense. Mais deux arrêts du même Parlement en date, le premier, du 16 décembre 1664, le deuxième du 23 janvier 1683, ont décidé au contraire que les enfants nés avant le mariage de l'oncle et de la nièce, de la belle-sœur et du beau-frère n'avaient pas été admis au bienfait de la légitimation.

Ces divergences entre les anciens arrêts s'expliquent de différentes manières. Suivant Pothier et Merlin [2], il y a lieu de distinguer entre les dispenses *faciles à obtenir* et les dispenses *difficiles à obtenir*. Tandis que le mariage contracté en vertu des premières légitime les enfants déjà nés, le mariage contracté en vertu des secondes ne leur enlève pas le caractère incestueux. Ce système, qui aboutit à distinguer deux sortes d'incestes, l'un beaucoup plus grave que l'autre

[1] V° *Légitimation*, sect. II, § 2, n° 7. On y trouve aussi l'indication des arrêts en sens contraire.

[2] Pothier, *Contrat de mariage*, n° 414. — Merlin, *Rép.*, v° *Légitimation*, sect. II, § 2, n° 9.

Digitized by Google

puisqu'il ne saurait être effacé dans le passé, nous paraît tirer son origine lointaine des lois romaines, où nous trouvons en effet l'inceste du droit des gens qui est réprouvé par tous les peuples, que frappent des peines sévères, et l'inceste simple qui est considéré comme une création du droit positif, et entraîne une criminalité moindre [1].

Des auteurs modernes soutiennent que les Parlements, pour admettre ou repousser la légitimation, se bornaient à rechercher si les dispenses en vertu desquelles le mariage avait eu lieu étaient régulières ou abusives. Les dispenses étaient abusives quand elles étaient accordées entre oncle et nièce, tante et neveu, beau-frère et belle sœur « parce que le con-« cile de Trente porte que le pape ne peut dispenser au « deuxième degré de consanguinité, *nisi inter magnos prin-« cipes et ob publicam causam* [2]. » Mais il paraît singulier que le mariage célébré régulièrement dans l'un comme dans l'autre cas ne produise pas toujours le même résultat tant pour le passé que pour l'avenir.

Quoi qu'il en soit, il ressort clairement de ce court exposé de notre ancienne jurisprudence qu'il n'est guère possible d'en tirer un argument péremptoire pas plus en faveur des enfants nés avant le mariage que contre ces mêmes enfants. Il en résulte même que ceux dont nous nous occupons aujourd'hui, c'est-à-dire les enfants nés de beaux-frères et belles-sœurs, d'oncles et nièces, de tantes et neveux, n'étaient pas admis au bienfait de la légitimation par mariage subséquent.

Nous n'avons pas l'intention d'examiner la législation qui a réglé les droits des enfants naturels pendant la période révolutionnaire; cette législation ne concernant pas les enfants incestueux, c'est au système du Code civil que nous allons passer immédiatement; mais là encore nous trouvons l'obscurité et le doute, et nous n'aurons pas de peine à nous convaincre que l'intervention de l'autorité législative soit nécessaire pour trancher le débat.

Il faut bien convenir que la première interprétation qu'on soit tenté de donner à l'article 331 est loin d'être favorable

[1] Loi 68, Dig., *De ritu nupt.* — Loi 38, § 2, Dig., *De leg. Julia de adult.*
[2] Furgole, *Des testaments*, I, p. 376.

Digitized by Google

au système de la légitimation. Cet article dispose en effet que les enfants naturels, *autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin*, pourront être légitimés par le mariage de leurs père et mère. C'est dire aux proches parents qui ont eu des relations illicites : « Quand même vous viendriez plus « tard à obtenir des dispenses et à contracter mariage, les « enfants que vous aurez eus antérieurement ne deviendront « pas légitimes : le vice de leur naissance, de même que pour « les enfants adultérins, ne saurait être purgé. »

Si l'exception de l'article 331 ne s'applique pas aux enfants nés de proches parents ou alliés qui viennent plus tard à contracter mariage, elle ne peut plus avoir aucun sens sérieux, et alors voici le singulier langage que les rédacteurs de l'article ont tenu : « La légitimation ne peut résulter que « du mariage subséquent; toutefois ce principe souffre une « exception, c'est que dans le cas où le mariage est absolu- « ment impossible (en ligne directe, entre frères et sœurs) « la légitimation ne peut pas avoir lieu au profit des enfants « nés de l'inceste. » Un tel raisonnement étant par trop naïf, il n'est pas possible qu'il ait été celui des rédacteurs !

L'interprétation si naturelle et si simple que nous avons présentée tout d'abord sur l'article 331, se trouve corroborée par le principe qu'un enfant ne peut être légitimé sans avoir été reconnu préalablement et qu'il est absolument interdit par l'article 335 de reconnaître l'enfant né de l'inceste. Si cet enfant ne peut pas être reconnu, comment donc pourra-t-il être légitimé ? Avant la reconnaissance l'enfant n'a légalement ni père ni mère; il serait donc légitimé en essence, sans avoir le moyen de prouver qu'il l'est en réalité et qu'il a acquis des droits nouveaux !

La doctrine qui admet la légitimation ne peut répondre à cet argument tiré de l'article 335 qu'en soutenant que les enfants de beau-frère et belle-sœur, d'oncle et nièce, tante et neveu ne sont pas des enfants incestueux, mais naturels simples, et que dès lors ils peuvent être reconnus avant le mariage de leurs auteurs.

Malheureusement c'est là une affirmation qui est repoussée énergiquement par tous les textes. La loi romaine définit l'inceste d'une manière générale : « Nefaria viri ac feminæ « commixtio inferens contumeliam sanguinis vel affinita-

Digitized by Google

« tis [1], » l'union « illicite de l'homme et de la femme con-« tractée au mépris de la parenté ou de l'alliance. » On ne peut douter un seul instant que les relations intimes entre le beau-frère et la belle-sœur, l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, ne fussent regardées comme incestueuses par la loi romaine [2]. Sans doute il y avait à Rome deux sortes d'incestes, mais c'était au point de vue, non pas des enfants, mais des parents coupables, dont la punition corporelle ou pécuniaire variait suivant les différents cas [3].

Si du droit romain nous passons au droit canonique et à l'ancienne jurisprudence, nous y trouvons les mêmes principes et l'inceste y est encore défini : « une conjonction illicite entre ceux qui sont parents ou alliés au degré prohibé pour le mariage. » C'est ainsi que le concile de l'an 517 (can. 30) déclare incestueux le mariage entre cousins germains et issus de germains, bien que cependant il puisse être accordé dispense : « INCESTOS hos censemus, si quis conso-« brinæ sobrinæve se societ » [4]. Nous voyons même que l'on appela *hérésie des incestueux* [5], l'opinion de ceux qui n'admettaient pas pleinement les principes de la Cour de Rome en matière d'empêchements au mariage fondés sur la parenté ou l'alliance. Cette hérésie fut condamnée par les conciles tenus sous Alexandre II [6].

Devant ces traditions si claires, si positives, en l'absence de textes établissant un changement de système, nous devons reconnaître que le commerce entre parents ou alliés entre lesquels le mariage est impossible sans dispenses n'a jamais pu donner naissance qu'à des enfants incestueux. Cela est tellement vrai que personne n'osera jamais soutenir qu'un enfant né de l'oncle et de la nièce, du beau-frère et de la belle-sœur, puisse venir faire constater devant les tribunaux

[1] Loi 38, § 1, Dig., *ad Leg. Jul. de ad.*

[2] §§ 3 et 5, *Inst.*, liv. I, t. X; L. V, C. 55.

[3] 68, Dig., *De rit. nupt.*; 38 § 2, Dig., *ad leg. Jul. de adult.*; 38, h. t.— Novel 134.— Inst., I, t. X, § 12.— L. 61, Dig., *De rit. nupt.*— Lois 6 et 4, Cod., *De incest. et inut. nupt.* — Novel. 12, ch. 1 et 2.

[4] Pothier, *Contrat de mariage*, n° 139.

[5] N° 145, même traité.

[6] On trouvera dans le même traité de Pothier, du n° 138 au n° 148, un grand nombre de textes multipliant les cas d'inceste d'une façon abusive.

Digitized by Google

sa filiation ni revendiquer aucun des droits de l'enfant naturel simple. MM. Aubry et Rau l'ont dit avec raison [1] : « Les dispenses ne sont accordées *que pour le mariage*, elles « n'enlèvent point au commerce qui aurait eu lieu hors ma- « riage le caractère de commerce incestueux. » *A fortiori* la seule possibilité de dispenses ne peut-elle changer le caractère des relations et des fruits qui en proviennent.

Voilà le système qui nous paraît le plus sûr, le plus juridique, car il y a un juste milieu entre l'interprétation judaïque et la violation de la loi. S'il est vrai que le système contraire ne manque pas d'arguments pour soutenir la légitimation des enfants, il faut reconnaître que ce sont bien plutôt des raisonnements de sentiment que des arguments de droit qu'il appelle à son secours.

Nos adversaires font tout d'abord appel aux discussions préparatoires, et nous concédons volontiers que MM. Duveyrier et Malleville penchent de leur côté. Mais ce sont là des opinions toutes personnelles, et nous savons combien il s'en produit pendant l'élaboration d'une loi : témoin les séances de l'Assemblée nationale actuelle. Du reste, nous admettrons volontiers que les discussions préparatoires sont en faveur de la légitimation.

La rédaction primitive de l'article 331 portait : « Les en- « fants nés hors mariage d'un père et d'une mère LIBRES « peuvent être légitimés. » Avec cette rédaction, les enfants incestueux n'étaient pas exclus, à tout jamais et sans exception, du bienfait de la légitimation, car toute personne non mariée est libre, *légalement parlant*, de ses actions tendant à la reproduction de l'espèce. Mais après la communication officieuse au tribunat, M. Bigot-Préameneu présente au Conseil d'État la rédaction actuelle. N'y a-t-il donc là qu'un changement de forme sans changement de fond? Non, sans doute, car le tribunat avait fait insérer dans l'article 335 un alinéa prohibant la reconnaissance des enfants incestueux comme celle des enfants adultérins, et M. Bigot considéra avec raison que la reconnaissance, condition *sine qua non* de la légitimation, étant prohibée d'une manière absolue à l'égard des enfants incestueux, leur légitimation devenait im-

[1] 3e édit., IV, p. 596, note 14.

Digitized by Google

possible et que dès lors il y avait lieu de modifier l'article 331 en ce sens. Il est probable que les différents corps qui votèrent l'article ainsi modifié n'eurent aucun soupçon du changement survenu. Quant à M. Bigot, la chose lui parut si simple qu'il se borna à prononcer à ce sujet cette phrase anodine et banale : « les fruits de l'inceste et de l'adultère « ne sauraient être assimilés à ceux d'un hymen légitime, » ce que personne n'a jamais pu songer à contester.

On a prétendu que l'article 164, en parlant de la nécessité de *causes graves* pour l'obtention des dispenses, avait surtout en vue l'existence d'enfants auxquels le mariage serait appelé à procurer le bienfait de la légitimation. Il est possible que le législateur ait songé à ces enfants, d'autant mieux que le système primitif de l'article 331 leur était favorable; mais les causes *graves* sont assez nombreuses pour qu'on puisse en trouver en dehors de l'existence d'enfants issus d'un commerce antérieur. On est même d'accord, quant à présent, pour dire que les relations incestueuses devraient être un fait très-peu favorable à l'obtention des dispenses. Bien plus, deux circulaires du garde des sceaux, en date du 10 mai 1824 et du 29 avril 1832, concernant les principaux motifs qui seraient pris en considération, déclarent qu'on invoquerait vainement l'existence d'un commerce incestueux.

Tout cela n'empêche pas le système qui admet la légitimation, et auquel la Cour de cassation s'est ralliée en 1867, de triompher sur le terrain des considérations.

Qu'est-ce que l'inceste devant le droit naturel ? Une union monstrueuse : le crime d'Œdipe, de Myrrha ! Il est écrit dans l'*Esprit des lois :* « Le mariage n'est pas défendu entre beau- « frère et belle-sœur pour conserver la pudicité dans la « maison, et la loi qui le défend ou le permet n'est point la « loi de la nature, mais une loi civile qui se règle sur les cir- « constances et dépend des usages de chaque pays. » Les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature même des choses !..... Que devient cette belle définition si de par la loi l'enfant né quelques jours avant le mariage contracté avec dispenses demeure incestueux tandis que la naissance de ceux qui viendront ensuite sera parfaitement pure et légitime ? La négligence de tel ou tel agent, la lenteur systématique des bureaux pourra donc causer dans l'état des

Digitized by Google

familles des résultats aussi fâcheux ! Extraordinaire justice que celle qui absout les coupables en les élevant à la dignité d'époux, mais punit les innocents !

« On verra donc, dit M. Dupin, les enfants légitimes nés « du même père et de la même mère, dans la même maison, « à la même table, et en présence de leurs frères aînés qui « n'auraient ni état, ni droits, ni partage. Et à moins que les « parents ne voulussent punir ces derniers d'un crime qui « ne serait pas le leur en les chassant du toit paternel, il « faudrait que le même foyer recueillît des enfants légitimes « et des enfants incestueux..... » On comprend que pour sauvegarder l'honneur de la famille, la loi traite aussi durement l'enfant adultérin, mais cette rigueur n'a plus de raison d'être dans notre espèce. D'ailleurs, il importe à la dignité même du mariage, à la force du sacrement, « *tanta vis sacramenti !* » que le vice qui a existé primitivement soit effacé, non-seulement dans les auteurs, mais encore dans les fruits qu'ils ont produits. — Sans cela le scandale que le mariage devait faire cesser ne sera jamais effacé. Au sein même de la famille, il en restera des témoignages vivants.

Évidemment il y a là de puissantes considérations qui ont pu laisser les jurisconsultes indécis et les conduire, comme M. Duranton, à cette conclusion singulière : « Si un arrêt re- « jetait la légitimation, comme il serait rendu en conformité « de la lettre de la loi, il serait à l'abri de la censure de la « Cour suprême, et *probablement* s'il l'avait admise, il ne « serait pas non plus cassé. »

Contrairement à ces prévisions, la Cour suprême a cassé, le 22 janvier 1867, deux arrêts qui avaient refusé d'admettre la légitimation. Il faut voir là un exemple remarquable du pouvoir qu'exerce la Cour de cassation d'étendre sa censure aux arrêts rendus en contravention *à l'esprit de la loi*. Mais il faut reconnaître en même temps que si ce système était généralisé, bien peu de textes seraient assurés d'être exécutés dans toute leur force et teneur. Tant qu'une loi existe, même imparfaite et critiquable, c'est le devoir du magistrat d'en faire l'exacte application : car si la loi est mauvaise, de cette application naîtra forcément, dans un délai plus ou moins court, une réforme législative qui sauvegardera les intérêts publics ou privés infiniment mieux qu'une décision judiciaire toujours

Digitized by Google

variable et toujours fâcheuse quand elle empiète sur le domaine du législateur.

Nous savons bien que le débat qu'il s'agit de vider aujourd'hui n'a pas de larges proportions, mais au-dessus il y a une question de principes qui exige l'intervention du législateur. C'est l'opinion des jurisconsultes les plus autorisés. En effet, nous lisons dans l'ouvrage de MM. Aubry et Rau [1] : « Les « partisans de l'opinion contraire déplacent la question qui « n'est pas de savoir ce que les rédacteurs du Code auraient « pu ou dû faire, mais ce qu'ils ont fait. — La loi pouvait, « nous en convenons, aller jusqu'à légitimer, dans l'hypo- « thèse dont il s'agit, les enfants issus d'un commerce inces- « tueux, mais elle ne l'a pas fait, *et quelque rigoureuse qu'elle* « *puisse paraître*, les tribunaux lui devront obéissance tant « qu'elle n'aura pas été modifiée. »

De même, M. Demolombe [2], tout en considérant comme inflexible le texte des articles 331, 335, ne peut s'empêcher d'en réclamer la réforme : « Je crois, dit-il, que la société et « la morale ne pourraient qu'y gagner, et je conviens que « l'opinion contraire est bien forte lorsqu'elle nous repré- « sente cette famille en partie incestueuse, en partie légitime, « et ce scandale perpétué indéfiniment par la loi elle-même. »

La réforme désirée par les savants auteurs que nous venons de citer est proposée en ce moment à l'Assemblée nationale. Après en avoir démontré la nécessité, il nous reste à examiner les termes qui la formulent et à dire s'ils nous paraissent complétement satisfaisants.

Voici le texte de la proposition de loi émanée de M. Mazerat :

« Article unique,

« Les textes des articles 331 et 335 du Code civil sont mo- « difiés de la manière suivante :

Article 331 (ancien).	Article 331 (rédaction nouvelle).
« Les enfants nés hors mariage, « *autres que ceux nés d'un com-* « *merce incestueux ou adultérin*, « pourront être légitimés par le	« Les enfants nés hors mariage, « *d'un père et d'une mère libres* « *au jour de la conception*, ou « *qui obtiendraient*, *conformé-*

[1] T. IV. 3e édition, p. 596, note 13.
[2] V. n° 355.

Digitized by Google

« mariage subséquent de leurs « père et mère, lorsqu'ils les « auront légalement reconnus « avant le mariage, ou qu'ils les « reconnaîtront dans l'acte même « de célébration. »

« *ment à l'article* 164 *du Code* « *civil, l'autorisation de se ma-* « *rier*, pourront être légitimés « par le mariage subséquent de « leurs père et mère, lorsqu'ils « les auront légalement reconnus « avant leur mariage ou qu'ils « les reconnaîtront dans l'acte « même de célébration. »

Comme on le voit, la rédaction proposée diffère très-peu de la rédaction actuelle. On pourrait peut-être s'en rapprocher davantage en supprimant dans le texte du projet cet alinéa : « *Ou qui obtiendraient, conformément à l'article* 164 *du* « *Code civil, l'autorisation de se marier...* » Le reste de l'article suffirait pour résoudre toute difficulté.

En effet, le père et la mère sont *libres*, « solutus et soluta, » dès l'instant qu'ils ne sont pas engagés dans les liens du mariage : car le mot *libre* signifie célibataire ou veuf. Cela étant, il résulte forcément de ces expressions : « les enfants nés « hors mariage d'un père et d'une mère *libres* pourront être « légitimés », que les enfants adultérins sont seuls absolument incapables d'être légitimés. Quant aux enfants incestueux, comme ils sont nés de personnes *libres*, de deux choses l'une : ou bien leurs parents contracteront mariage après avoir obtenu des dispenses, et alors de par l'article modifié il y aura légitimation en leur faveur ; ou bien les parents n'obtiendront pas les dispenses, et alors l'état des enfants n'aura pas changé.

Il est bon de remarquer que le projet de M. Mazerat, modifié comme nous le proposons, serait la reproduction exacte de l'article primitif qui en effet était ainsi conçu : « Les en- « fants nés hors mariage *d'un père et d'une mère libres* pour- « ront être légitimés. »

Nous reconnaissons, du reste, qu'il n'y aurait pas d'inconvénient à conserver intacte la rédaction de M. Mazerat, d'autant mieux que des personnes peu versées dans le langage du droit pourraient peut-être croire (la nouvelle rédaction de l'article 335 ne laisserait cependant aucun doute à ce sujet) que l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, le beau-frère et la belle-sœur, qui ont eu des enfants ensemble ne sont pas

Digitized by Google

des personnes *libres*, parce qu'ils sont empêchés par la parenté ou l'alliance de contracter mariage.

Nous nous permettrons de faire une autre observation sur la rédaction nouvelle. Ainsi que l'ancienne, elle porte : « Les enfants nés hors mariage... *pourront être* légitimés par le mariage subséquent. » Ne vaudrait-il pas mieux dire, comme le projet primitif de l'article 331 : « Les enfants... *seront* légitimés » ? Car il ne dépend pas des parents qui se marient après avoir reconnu leur enfant naturel que cet enfant soit ou ne soit pas légitimé. Il n'y a rien de facultatif à ce sujet : le résultat du mariage est forcé. La seule faculté qu'aient les parents, c'est de ne pas contracter mariage, mais la chose est tellement évidente qu'il est inutile d'en parler.

En résumé, l'Assemblée nationale pourrait à son choix adopter soit la rédaction telle qu'elle est proposée par M. Mazerat soit la rédaction suivante qui dit les mêmes choses en moins de mots et qui n'est que la reproduction du projet primitif : « Les enfants nés hors mariage *d'un père et d'une* « *mère libres seront* légitimés par le mariage subséquent, etc.»

La modification apportée à l'art. 331 ne suffit pas pour procurer le bienfait de la légitimation aux enfants nés avant le mariage de père et mère, proches parents ou alliés. La reconnaissance expresse de l'enfant avant le mariage étant aujourd'hui la condition *sine qua non* de toute légitimation, dès l'instant que le projet accorde aux enfants incestueux la possibilité d'être légitimés, il doit aussi lever la défense de les reconnaître, édictée par l'article 335. Une nouvelle rédaction de ce dernier article devient donc nécessaire, ou plutôt il suffit, comme le fait M. Mazerat, d'ajouter un alinéa à l'article 335 qui serait ainsi conçu :

Article 335 (ancien).	Article 335 (rédaction nouvelle).
« Cette reconnaissance ne « pourra avoir lieu au profit des « enfants nés d'un commerce in- « cestueux ou adultérin. »	« Cette reconnaissance ne « pourra avoir lieu au profit des « enfants nés d'un commerce in- « cestueux ou adultérin, *à moins* « *que pour les premiers elle n'in-* « *tervienne dans l'acte de célé-* « *bration d'un mariage con-* « *tracté en vertu des dispenses* « *prévues par l'art.* 164 *C. civ.* »

Digitized by Google

L'alinéa ajouté à l'ancien article nous semble très-sage. S'il permet la reconnaissance de l'enfant incestueux, il ne la permet que comme moyen d'arriver de suite à la légitimation, puisque la reconnaissance ne peut jamais avoir lieu que dans l'acte de mariage des parents. Le système général du Code civil est respecté par le projet de M. Mazerat; bien plus le système spécial à notre matière est restauré par lui dans son intégralité primitive. Pas plus après qu'avant le changement de rédaction, il n'y aura dans la société des enfants incestueux reconnus soit volontairement, soit judiciairement Il n'y aura jamais que des enfants légitimes. Pas plus après qu'avant le vote du projet, on ne viendra contrister la conscience publique en lui montrant la violation de ces grands devoirs qui sont la garantie essentielle de la pureté du foyer domestique et du bon ordre dans la famille. Le mariage, c'est-à-dire la réparation de leur faute, sera le seul moyen que les parents puissent employer pour se rattacher légalement leur enfant, et il y aura là un motif de plus pour qu'ils cherchent à obtenir les dispenses nécessaires.

Telles sont les observations que nous avions à présenter sur la proposition de loi émanée de M. Mazerat. Nous espérons que l'Assemblée nationale ne refusera pas de lui accorder sa bienveillante attention. Sans doute le sujet est restreint et modeste; il ne suscitera pas de grands tournois oratoires, comme tant d'autres qui se pressent à la tribune; mais n'est-il pas bon que de temps en temps nos législateurs quittent la sphère tourmentée des questions politiques et sociales pour venir se retremper aux sources du droit pur? Qui sait si le premier pas fait dans cette voie nouvelle par l'Assemblée ne lui inspirera pas le désir de s'occuper plus tard des réformes beaucoup plus importantes, beaucoup plus radicales que réclamerait l'ensemble de notre droit civil?

H. DUVERGEY.

Digitized by Google

DE LA RÉPARATION DES DOMMAGES

CAUSÉS PAR LES INVASIONS DE 1814 ET DE 1815

Par M. Paul Collet,
avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

La France a subi plusieurs fois depuis un siècle le fléau des invasions étrangères. Les unes ont été vaillamment repoussées, les autres ont été victorieuses. En 1814 et en 1815 le territoire a été presque complétement occupé par l'ennemi. Nous voulons rechercher comment et d'après quelles règles il a été procédé à la réparation des dommages causés, à cette époque, soit par les nécessités de la défense, soit par les opérations militaires pendant la lutte, soit enfin par l'occupation étrangère.

C'est par l'analyse des monuments de la législation et de la jurisprudence que nous avons essayé l'étude de cette question qui, hier encore, était reléguée dans le domaine de l'histoire, mais qui emprunte aux circonstances actuelles une douloureuse actualité.

I.

En présence des ruines et des dommages de toute nature qui s'étaient accumulés pendant les années 1814 et 1815, quelle était l'obligation de l'État? — Telle était la question qui s'imposait aux préoccupations du gouvernement de la Restauration.

Si pour la résoudre il s'adressait aux publicistes et aux jurisconsultes, ou s'il consultait certaines lois de la Révolution, il ne rencontrait qu'obscurité et contradiction.

Parmi les auteurs, Grotius, combattant l'opinion de Vasquez (Lib. 3, ch. 4), pense que l'État est obligé de dédommager ceux qui perdent leurs biens, et que s'il n'est pas en pouvoir de le faire, son obligation, qui sera demeurée comme assoupie par cette impuissance, se réveillera en toutes les occasions où il aura de quoi l'acquitter. Il en donne pour raison que les sujets d'un même État étant associés ensemble, il est juste qu'ils partagent entre eux les pertes qui arrivent

Digitized by Google

à leur société. Mais il ajoute que « par une loi civile on peut « ordonner que personne n'aura action contre l'État, pour rai- « son d'une chose qu'il aurait perdue par la guerre, et on « peut l'ordonner ainsi *pour exciter par là chaque sujet à dé- « fendre plus vigoureusement ce qui lui appartient* [1]. »

Vattel [2] résout la question par une distinction entre les dommages « que cause l'État ou le souverain lui-même et « ceux que fait l'ennemi. De la première espèce, les uns sont « causés *librement et par précaution*, comme quand on prend « le champ, la maison ou le jardin d'un particulier, pour y « construire le rempart d'une ville ou quelque autre pièce de « fortification, quand on détruit ses moissons ou ses maga- « sins dans la crainte que l'ennemi n'en profite. — L'État « doit payer ces sortes de dommages au particulier qui n'en « doit supporter que sa quote-part. Mais d'autres dommages « sont causés par une nécessité inévitable : tels sont par « exemple les ravages de l'artillerie dans une ville que l'on « reprend sur l'ennemi; ceux-ci sont des accidents, des maux « de la fortune pour les propriétaires sur qui ils tombent. Le « souverain doit équitablement y avoir égard si l'état de ses « affaires le lui permet; mais on n'a point d'action contre « l'État pour des malheurs de cette nature..... J'en dis « autant des dommages causés par l'ennemi..... On peut bien, « dans une société, courir ce risque pour les biens puisqu'on « le court pour la vie; si l'État devait à la rigueur dédom- « mager tous ceux qui perdent de cette manière, les finances « publiques seraient bientôt épuisées... D'ailleurs ces dédom- « magements seraient sujets à mille abus et d'un détail « effrayant. Il est donc à présumer que ce n'a jamais été l'in- « tention de ceux qui se sont unis en société. »

Il conclut cependant en ces termes : « Il est bien des dettes « sacrées pour qui connaît ses devoirs, quoi qu'elles ne « donnent point d'action contre lui. »

Ainsi, tandis que Grotius accorde une action contre l'État aux victimes de la guerre, si une loi ne l'a pas formellement interdite, Vattel, au contraire, refuse toute action qui n'est pas spécialement autorisée par une loi; — sauf pour les dom-

[1] *Du droit de la paix et de la guerre*, lib. 3, tit 20, § 7 et 8.
[2] *Du droit des gens*, lib. 3, § 232.

Digitized by Google

mages causés par les mesures de précaution prises pour la défense des villes.

Est-ce cette dernière opinion que l'Assemblée constituante a voulu consacrer en ne reconnaissant le principe de l'indemnité qu'au profit des propriétaires dépossédés pour la défense d'une place de guerre (L. des 8-10 juillet 1791)? Il est permis de le penser, mais le système contraire ne tarda pas à se produire, au moins en théorie, dans un décret du 11 août 1792.

L'Assemblée nationale « voulant donner aux nations étran-
« gères le premier exemple de la fraternité qui unit les ci-
« toyens d'un peuple libre, et qui rend commun à tous les
« individus du corps social le dommage occasionné à un de
« ses membres, décréta : Art. 1er. Il sera accordé des secours
« ou des indemnités aux citoyens français qui, pendant la
« durée de la guerre, auront perdu par le fait des ennemi
« extérieurs tout ou partie de leurs propriétés. »

Il faut remarquer toutefois que les dispositions de ce décret ne répondaient qu'imparfaitement à la généreuse déclaration du préambule. — Ce n'était plus un droit absolu qu'il reconnaissait aux victimes de la guerre puisqu'il parlait de *secours*. Il limitait la réparation aux dommages causés par l'ennemi; et, dans les articles suivants, il excluait les citoyens qui auraient refusé d'obéir aux réquisitions légales, et ceux qui ne se seraient pas opposés, quand ils le pouvaient, aux ravages de l'ennemi. En outre, les secours et indemnités devaient *être proportionnés* à la fortune qui restait aux citoyens après la dévastation, à leurs besoins et aux pertes qu'ils avaient éprouvées; il n'y avait d'exception que pour les citoyens revêtus d'une fonction publique et pour ceux qui portaient les armes pour le service de la patrie. Ceux-là recevaient toujours une *indemnité égale* aux pertes qu'ils avaient souffertes. Enfin l'Assemblée se réservait le droit de déterminer *quelle quotité* du dommage devait rester à la charge des citoyens.

Mais la Convention poussa jusqu'au bout les conséquences du principe d'indemnité en déclarant, dans son décret des 14-16 août 1793 : « qu'elle indemniserait tous les citoyens des
« pertes qu'ils auraient éprouvées ou qu'ils éprouveraient
« par l'invasion de l'ennemi sur le territoire français, ou par

Digitized by Google

« les démolitions ou coupes que la défense commune aurait « exigées. »

Ici, il n'était plus question de *secours*, c'était une indemnité totale que la Convention promettait à tous, en n'excluant que ceux qui seraient convaincus d'avoir favorisé l'invasion de l'ennemi ou de n'avoir pas déféré aux réquisitions ou proclamations des généraux. C'était le conseil exécutif qui était chargé de déterminer l'indemnité due à chaque citoyen.

Et cependant la Convention elle-même, sous prétexte d'interpréter ce décret et d'en régler l'exécution, fut amenée à prendre des mesures qui devaient singulièrement en restreindre l'application.

Un décret du 6-8 frimaire an II réduisit au double du revenu net et à 2,000 livres au maximum le montant du dommage dont un citoyen pouvait être indemnisé; et un autre décret du 14 ventôse an II exigeait des citoyens qui réclamaient une indemnité un *certificat de civisme* délivré par les agents nationaux près les directoires de district. Cette disposition était rappelée et maintenue dans un second décret du 17 vendémiaire an IV, « parce qu'il importait essentiellement « de s'assurer que les réclamants n'avaient pas favorisé « les projets et les entreprises des ennemis de la Républi- « que. »

Si l'on se reporte à l'époque où furent rendus ces décrets, on reconnaîtra qu'en exigeant un certificat de civisme, délivré par ses agents, le gouvernement se réservait un moyen facile d'écarter un certain nombre de réclamations.

Au surplus, le principe de l'indemnité totale, consacré avec une imprudence généreuse par le décret de 1793, ne put jamais, à raison de l'état des finances, recevoir d'application. Les différents crédits votés par la Convention étaient hors de proportion avec les pertes éprouvées, et les réclamants, qui pouvaient satisfaire aux exigences des justifications légales, ne recevaient qu'une partie de ce qui leur était dû. On leur avait promis une indemnité, mais on ne pouvait leur donner qu'un *secours*.

Cette dernière dénomination reparut dans les actes du Directoire. Une loi du 19 vendémiaire an VI portait un paragraphe spécial intitulé : *Secours aux pays ravagés par la guerre.* Le tableau nominatif des *secours* accordés devait être imprimé

Digitized by Google

et affiché au chef-lieu de canton. L'article 36 portait abrogation de toutes lois contraires.

Sous l'Empire, le bombardement des côtes de France par les Anglais et diverses tentatives de débarquement avaient occasionné des dommages dans quelques départements. Un décret du 5 prairial an XII, visant un arrêté du 3 brumaire précédent, mit à la disposition du ministre de l'intérieur une somme de 44,345 francs pour *indemniser* les propriétaires lésés. Dans le tableau des dommages annexé à ce décret figurent des dégâts occasionnés aux maisons, des pertes mobilières et des enlèvements de bestiaux.

Tel était l'état du droit quand survinrent les désastres des invasions de 1814 et de 1815. Nous allons voir comment le gouvernement de la Restauration essaya de réparer ces désastres.

II.

Au premier rang des charges que la guerre avait imposées au pays nous trouvons celles qui avaient été nécessitées par l'entretien et par la nourriture des armées nationales.

Des réquisitions nombreuses avaient du être faites par les autorités françaises pour suppléer à l'insuffisance des moyens que, dans ces circonstances extraordinaires, les entrepreneurs généraux avaient pu mettre en œuvre. La nature même de cette charge semblerait avoir dû mettre hors de doute son caractère de dette de l'Etat, puisqu'il s'agissait de fournitures et que l'administration, en se dispensant des formalités ordinaires, n'avait pu se dispenser en même temps de l'obligation de payer.

Cependant, si l'on compare les termes de deux ordonnances rendues par le conseil d'Etat, on éprouve quelque doute sur le système adopté. Dans l'une, rendue le 31 juillet 1822, *Doumerc*, le conseil déclare expressément que les communes et les particuliers qui ont fait des fournitures en 1815, sur réquisition des autorités civiles, sont devenus *créanciers directs du ministère de la guerre*. Dans l'autre, en date du 4 décembre 1835, *Communes des Basses-Pyrénées*, le conseil d'Etat constate que, d'après une décision du ministre de l'intérieur du 16 décembre 1824, les dettes de guerre résultant des réqui-

Digitized by Google

sitions de 1813 et de 1814 n'avaient jamais été considérées comme dettes de l'Etat.

Nous croyons que l'examen de la législation spéciale à cette nature de dettes peut dissiper le doute et que la contradiction est plus apparente que réelle.

Pour subvenir aux dépenses que nécessitait la création des armées destinées à défendre le territoire, l'Empereur avait eu recours à des mesures financières exceptionnelles. Il avait, par un décret du 11 novembre 1813, ordonné la perception de 30 centimes additionnels au principal de la contribution foncière, des portes et fenêtres et des patentes. Un autre décret en date du 29 novembre 1813 affectait sur le produit de ces centimes une somme de 22 millions au paiement des fournitures faites par réquisition dans les départements. Elle était mise par des mandats signés du ministre de la guerre à la disposition des préfets.

Un nouveau décret en date du 9 janvier 1814 ordonnait la perception, sur le rôle de 1814, de 50 centimes du principal de la contribution foncière et le doublement des contributions personnelle et mobilière et des patentes. Ces impositions extraordinaires étaient, comme celles de 1813, spécialement affectées aux dépenses urgentes des services militaires. Cette affectation spéciale était encore reproduite dans la loi de finances des 23-25 septembre 1814. En outre, pour faciliter la liquidation des fournitures faites sur réquisition des autorités françaises, une ordonnance des 13-16 juin 1814 avait autorisé les porteurs de bons de réquisition à en imputer le montant sur ce qu'ils pouvaient devoir pour les contributions extraordinaires de 1813 et de 1814.

L'obligation de l'État à l'égard de ces fournitures n'était donc pas contestée, mais en même temps les nécessités financières avaient amené la création d'un fonds spécial destiné à l'acquittement de ces dépenses. Les besoins du trésor empêchèrent de suivre la destination donnée à ce fonds; il fut employé aux dépenses générales de l'État, mais on reconnut que cet emploi n'avait eu lieu que sauf restitution aux ayants droit. En conséquence, une première ordonnance du 3 juillet 1816 autorisa le ministre des finances à payer lesdites fournitures en valeurs de l'arriéré jusqu'à concurrence de 6 millions. Cette première allocation fut suivie de la loi de

Digitized by Google

finances du 25 mars 1817 qui détermina la dette dont se composait l'arriéré et décida qu'outre les sommes déjà accordées, l'arriéré comprendrait celles qui seraient encore nécessaires pour l'acquittement du surplus des mêmes dettes dans les départements, mais néanmoins *jusqu'à concurrence* seulement de la somme que le trésor avait encaissée, pour le compte de chacun d'eux, sur le produit des centimes de 1813 et de 1814, antérieurement au 28 avril 1816.

En présence de ces textes qui affectaient des fonds spéciaux au payement de ces dettes, on s'explique comment, sans contradiction, le conseil d'État a pu déclarer en 1822, que les porteurs de bons de réquisition étaient créanciers directs du ministère de la guerre, et en 1835, que ces dettes n'avaient jamais été considérées comme dettes *ordinaires* de l'Etat, et qu'il ne pouvait y être satisfait qu'à l'aide des ressources extraordinaires créées par les lois financières de 1814 et de 1817; qu'en conséquence lorsque ces ressources étaient épuisées, les créanciers de cette nature ne pouvaient, ni critiquer la distribution ou l'emploi des crédits, ni demander par la voie contentieuse l'ouverture de crédits nouveaux.

Nous ajouterons en terminant que, pour l'examen et la liquidation des comptes résultant de ces fournitures, les créanciers devaient s'adresser aux commissions départementales créées par la loi du 28 avril 1816, et composées de six conseillers généraux sous la présidence du préfet. Voir notamment 20 février 1822 *Defrance* [1].

III.

La seconde obligation reconnue par l'État était relative aux dommages causés par la mise en état de défense des places de guerre. Cette obligation résultait de textes formels.

D'après l'article 33 de la loi des 8-10 juillet 1791, une indemnité était due aux propriétaires, dont les maisons, situées dans la zone militaire, étaient démolies pour la défense, pourvu que, lors de leur construction, ces maisons se trouvassent à la distance prescrite par les ordonnances. Le principe d'indemnité était d'une manière plus générale con-

[1] Exploitation d'un bois faite sur réquisition pour l'approvisionnement de la ville de Metz alors en état de siége.

Digitized by Google

sacré par l'article 38, pour tous les dommages résultant d'opérations et de travaux de démolition ou autres, ordonnés dans l'intérêt de la défense par le roi ou par le conseil de défense.

En 1814, la mise en état de défense de toutes les places de guerre avait occasionné bien des ruines. Des faubourgs tout entiers avaient été incendiés à Soissons, à Schelestadt, etc. La jurisprudence a eu de nombreuses décisions à rendre sur les réclamations des propriétaires ; voici dans quelles étroites limites elle a renfermé le droit à indemnité.

Il fallait avant tout que les travaux eussent été faits par mesure de précaution et non pas *en présence de l'ennemi*. Ce principe a été nettement posé dans une ordonnance du 7 février 1834, *Gervaise*. La garnison de Mézières avait dû détruire à coups de canon la maison du réclamant, derrière laquelle les alliés s'étaient retranchés. Le ministre de la guerre soutenait qu'une indemnité n'est due que pour les mesures précautionnelles et non pour les dommages causés en présence de l'ennemi. Le conseil a décidé en effet « que la loi de « 1791, par les articles 36, 37 et 38 du titre Ier, n'accorde d'in- « demnité que pour les démolitions qui ont eu lieu dans l'état « de guerre, en vertu des ordres du roi ou d'une délibération « du conseil de défense ; que les démolitions qui avaient eu « lieu pendant l'état de siége, lorsque l'ennemi était établi « devant la place et travaillait à ses tranchées et batteries, « constituaient un fait de guerre qui ne pouvait donner lieu « à aucune indemnité. » Voir encore en ce sens, 22 janvier 1824, *Desèvre ;* 7 août 1835, *Forcatère*, et surtout 15 mars 1826, *Dassy*. Dans cette dernière ordonnance il s'agissait d'une maison située à Meaux ; on y avait établi un dépôt de poudres que le général commandant l'armée française avait fait sauter en évacuant la ville. Pas d'indemnité « parce que « cet ordre avait été donné *en présence de l'ennemi*. »

Nous ferons remarquer que ce principe, consacré également par l'autorité judiciaire, dans un cas où il s'agissait de lutte contre une insurrection [1], a été depuis formellement exprimé dans l'article 39 du décret des 10 août — 23 septembre 1853.

Une seconde condition du droit à indemnité ressortait des

[1] Chambre civile, 14 juillet 1846 (*De Chazournes*, D. P., 46, 1, 301).

Digitized by Google

termes mêmes de la loi de 1791 que nous avons cités. Il fallait que les maisons démolies par mesure de défense eussent été élevées à la distance prescrite par les règlements en vigueur au moment de leur construction.

L'ordonnance qui avait précédé la loi de 1791 portait la date du 9 décembre 1713 et elle interdisait déjà toute construction dans le rayon de 250 toises. Le propriétaire d'une maison élevée à une moindre distance, pour avoir droit à une indemnité, devait donc prouver que la construction remontait à une époque antérieure à 1713. — 11 février 1824, *Bonnabel;* 22 juin 1825, *veuve Brun;* 20 mai 1831, *Boiteux*; 7 février 1834, *Dengler*.

Nous trouvons dans cette dernière décision l'énonciation formelle d'une troisième condition, qui cependant n'a pas toujours été imposée rigoureusement aux réclamans. Le sieur Dengler, dont la maison, située dans le rayon militaire de Schelestadt, avait été incendiée, réclamait une indemnité pour la perte immobilière et *pour la perte mobilière.*

« En ce qui touche les pertes mobilières, dit le Conseil « d'État, la loi n'accorde pas d'indemnité pour les pertes de « cette nature. »

C'est là une conséquence extrême de ce principe, qu'aucune indemnité n'est due en dehors des cas expressément prévus par la loi. Mais, malgré le silence de la loi de 1791 sur les pertes mobilières, cette règle n'a pas toujours été suivie; nous trouvons, au contraire, des exemples d'indemnités accordées pour pertes mobilières, dans une affaire *Cavare*, du 12 novembre 1823, où le Conseil ne conteste pas le droit du réclamant, mais déclare que la valeur du mobilier n'avait pas été suffisamment constatée, et dans l'affaire *Boiteux*, du 20 mai 1831, que nous avons déjà citée, où le conseil accorde une indemnité pour la perte mobilière subie dans une maison dont la construction était antérieure à 1713.

Nous ferons la même réserve relativement à l'existence d'une quatrième condition. Un sieur *Guevel* avait réclamé une indemnité pour les dommages que lui avaient causés, dans une propriété située *en dehors du rayon militaire*, les travaux de défense de la place de Metz en 1814. Le ministre de la guerre avait refusé toute indemnité, *par ce motif* que le domaine était en dehors du rayon militaire. Le Conseil

Digitized by Google

d'État, par ordonnance du 6 décembre 1820, a confirmé ce refus, mais les motifs qu'il a donnés ne sont pas suffisamment explicites. Il déclare que « les dommages ne résultent « pas des mesures prises pour les travaux de défense de la « place de Metz. »

Pourquoi? Est-ce que parce que, à raison de l'éloignement de la propriété, les travaux exécutés étaient plutôt relatifs à la défense générale du territoire qu'à la défense spéciale de la place de guerre? Cela est possible, mais en présence des articles 36, 37 et 38 de la loi de 1791, qui ne contiennent pas de limitation au droit à indemnité pour les travaux nécessaires à la défense, il serait téméraire d'affirmer que cette limitation ait été faite par la jurisprudence.

Nous adoptons sur ce point l'opinion exprimée dans une note que nous trouvons dans Sirey[1] et où nous lisons : « C'était un point *resté douteux* que celui de savoir si le prin- « cipe d'indemnité consacré par la loi de 1791 à l'égard des « propriétés particulières envahies dans le rayon des places « pour les besoins de la défense, pouvait, *en vertu de la loi du* « 8 *mars* 1810, être appliqué aux propriétés situées hors de « leur rayon. La loi du 30 mars 1831 est venue remplir la « lacune que présentait à cet égard notre législation, en éten- « dant le principe d'indemnité à toutes les propriétés mo- « mentanément occupées ou démolies pour la défense du « territoire. »

Nous croyons donc que la jurisprudence, pour appliquer le principe d'indemnité, en vertu de la loi de 1791, n'a exigé réellement que deux conditions, la première que le dommage eût été causé par une mesure précautionnelle, et la seconde que les constructions fussent antérieures à 1713. Le propriétaire qui ne justifiait pas de l'existence de ces deux conditions pouvait réclamer un secours à titre d'équité[2], mais non pas l'exiger en vertu d'un droit.

L'importance pratique de cette distinction était considérable, puisque dans le premier cas le propriétaire n'obtenait qu'un secours proportionnel, pris sur des crédits spéciaux, tandis que, dans le second cas, il devenait pour la totalité de sa perte créancier direct de l'État.

[1] *Collection nouv.*, 7, 2, 188.

[2] Voir 31 janvier 1834, *Gregoire*, et 6 décembre 1820, *Guevel*.

Digitized by Google

L'administration avait voulu, dans la liquidation de ces indemnités, opérer certaines déductions. Elle prétendait retenir aux propriétaires le montant des dégrèvements accordés sur les contributions, en cas de perte par force majeure et aussi des secours accordés par le Roi sur la liste civile.

Ce système a été repoussé par le Conseil d'État dans un certain nombre de décisions, 4 février 1824, *Habitants de Soissons*, 18 février 1829, *Mermet*, 25 mars 1835, *Grégoire*. Il a déclaré que la déduction ne pouvait porter que sur les secours et dégrèvements alloués en vertu de l'article 8 de la loi du 28 avril 1816, c'est-à-dire sur les secours spécialement affectés par le Trésor public aux départements qui avaient souffert de l'invasion.

IV.

Nous venons de voir l'obligation de l'État affirmée dans deux cas, fourniture aux armées françaises sur réquisitions, travaux exécutés pour la défense des places de guerre. En dehors de ces deux cas les dommages devaient en principe rester à la charge de ceux qui les avaient soufferts, particuliers, communes ou départements. Le gouvernement n'intervint que pour accorder les secours que comportait la situation financière et aussi pour assurer la répartition égale du poids de ces charges.

Voyons d'abord les dommages laissés à la charge des particuliers qui les avaient subis.

En premier lieu nous trouvons ceux qui étaient occasionnés par des travaux de défense, mais qui ne présentaient pas les conditions exigées pour l'application de la loi de 1791.

De ce nombre étaient tous les dommages causés aux maisons construites, en contravention avec les ordonnances, dans la zone militaire et aussi les dommages accomplis en présence de l'ennemi. Nous avons déjà indiqué ces deux règles, et nous nous bornerons à citer sur la seconde quelques exemples nouveaux. Un des plus curieux nous est révélé par une affaire jugée le 26 mars 1823, *Glairet*.

Le maréchal Soult avait ordonné, pour couvrir sa retraite, l'établissement sur la frontière d'Espagne d'ouvrages défensifs le long de la rivière de La Nivelle. — En même temps, l'ordre avait été donné sur toute la frontière aux habitants de

Digitized by Google

se retirer, en emportant tout ce qui aurait pu aider à la subsistance de l'ennemi. L'arrêté pris par le maréchal édictait un ensemble de mesures de constatations que la rapidité de l'invasion ne permit pas d'exécuter. Les propriétaires, sur le terrain desquels les travaux avaient été effectués, réclamèrent une indemnité. On leur opposa : 1° l'absence des formalités ordonnées par le maréchal; 2° l'absence de loi créant en pareil cas un droit positif, parce que la loi de 1791 ne s'appliquait qu'à la défense des places de guerre.

Les propriétaires invoquaient pour répondre à cette dernière fin de non recevoir l'article 545 du Code civil, qui n'autorise l'expropriation pour cause d'utilité publique que moyennant une juste et préalable indemnité.

« Considérant, dit le Conseil d'État, que les travaux de dé-
« fense ont eu pour objet de s'opposer à l'envahissement du
« territoire français; qu'ils ont été exécutés tandis que l'ar-
« mée manœuvrait *en présence de l'ennemi;* que par consé-
« quent ils constituent un fait ordinaire de guerre qui, d'après
« les principes du droit commun, ne peut donner lieu à au-
« cune indemnité; *que la loi du 13 juillet 1791, sur la défense*
« *des places fortes, n'est pas applicable à l'espèce.* »

Si les travaux défensifs faits en présence de l'ennemi n'ouvraient pas droit à indemnité, à plus forte raison devait-il en être de même en cas de dommages causés par le combat. Aussi sur ce point la jurisprudence n'a jamais varié, et le Conseil d'État a refusé des indemnités aux propriétaires de maisons détruites par l'artillerie. 7 février 1834, *Gervaise*, 7 août 1835, *veuve Forcatère*, 22 février 1824, *Desèvre*, ou par l'explosion d'une poudrière, 15 mars 1826, *Dassy*.

Indépendamment de ces deux hypothèses, sur lesquelles la jurisprudence ne laisse aucun doute, faut-il tirer de l'ordonnance *Glairet* précitée, cette autre règle que les travaux défensifs faits pour sauvegarder le territoire ne devaient donner lieu à aucune indemnité, quand même ils auraient été exécutés longtemps avant l'arrivée de l'ennemi. Les termes de l'ordonnance nous paraissent autoriser cette interprétation, surtout si l'on se reporte aux arguments développés par le Ministre de la guerre. Nous avons considéré comme douteuse une question analogue qui se posait à l'occasion de la défense des places de guerre; mais il faut remarquer que des

Digitized by Google

travaux, exécutés même en dehors du rayon militaire, peuvent intéresser le salut de la place et rentrer par cela même dans l'application de la loi de 1791 (art. 36, 37 et 38), tandis que s'il s'agit de travaux faits sur une frontière, c'est la défense générale du pays qui est intéressée, et on ne trouve plus de loi positive s'appliquant à cette hypothèse. Nous croyons donc que jamais en pareil cas le droit à indemnité n'a été reconnu et que le propriétaire supportait ces dommages comme ceux qui résultaient de la lutte.

Les dommages causés soit par les travaux défensifs, soit par les opérations de guerre, étaient peu de chose en comparaison de ceux causés par le pillage : celui-ci était largement pratiqué en 1814 et en 1815. Or jamais de ce chef le droit à indemnité n'a été reconnu.

Ainsi jugé : 1° Pour des marchands de bois destiné à l'approvisionnement de Paris. Ils soutenaient que leur bois étant, au moment où il avait été pris par les alliés, sur des ports destinés à le recevoir, en vertu des règlements spéciaux, n'était plus ni à leur libre disposition, ni même sous leur surveillance. C'était un fait de guerre, leur répond le Conseil d'État, qui ne pouvait donner lieu à aucune indemnité. 23 avril 1823, *Godot*.

2° Pour le propriétaire d'un chantier de bois pillé par les alliés campés au Champ-de-Mars. « Fait de guerre qui ne « pouvait donner lieu à aucune réclamation, soit contre la « ville de Paris, soit contre l'État. 11 février 1824, *Moget*.

3° Pour un fournisseur dont les avoines avaient été prises dans l'Oise par les troupes alliées. Refus de toute action par le Ministre de la guerre, parce que les avoines étaient la propriété des fournisseurs. 27 avril 1825, *Doumerc*.

4° Pour des employés du ministère des finances, dont le mobilier avait été pillé lors de la prise d'Hambourg. Leurs pertes résultaient d'un fait de guerre qui ne pouvait donner ouverture à aucune demande en indemnité. 10 août 1825, *Deschènes*.

5° Pour le directeur du dépôt de mendicité de Clairvaux. Il soutenait que les nécessités de son service l'avaient empêché de sauvegarder ses propriétés, qui avaient été dévastées ; il disait que si le devoir du fonctionnaire est de veiller d'abord aux intérêts qui lui sont confiés, l'État, comme mandant,

Digitized by Google

doit indemniser le mandataire du préjudice que lui a causé le mandat (art. 1999 et 2000 C. C.). Ce système n'a pas eu plus de succès que les autres, et le rejet de la demande en indemnité a été prononcé par les mêmes motifs. 10 août 1825, *Rousseau.*

6° Pour un propriétaire qui se plaignait du pillage dont il aurait été victime pendant le blocus de Belfort en 1814 et en 1815. 9 juin 1830, *Pouchot.*

Il nous reste à indiquer sommairement quelques-unes des mesures prises par le gouvernement pour venir au secours de ceux auxquels il refusait un droit à indemnité.

La loi de finances des 23-25 septembre 1814, en maintenant les contributions ordinaires et extraordinaires établies en 1813 et en 1814, ajoutait dans l'article 7 : « Toutefois, « dans les départements qui ont été le théâtre de la guerre, « ou qui auraient été occupés par les troupes alliées, les « pertes dûment constatées seront prises en considération, « et il leur sera accordé tous *dégrèvements* reconnus néces- « saires. »

Pendant les Cent-Jours, un décret des 6-9 avril 1815 institua une caisse de l'extraordinaire, et affecta la moitié des fonds qui y seraient versés à donner des *secours* aux propriétaires des habitations détruites par l'effet de la guerre en 1814, dans les départements composant les anciennes provinces d'Alsace, de Lorraine et de Champagne.

Un autre décret des 29 mai—6 juin 1815 accordait aux propriétaires des maisons détruites par la guerre, des bois de construction à prendre dans les bois communaux et au besoin dans les bois impériaux.

La loi de finances du 28 avril 1816 portait (art. 8) « outre les 10 millions accordés par le roi sur la liste civile, toutes les contributions directes arriérées et dues au 1er janvier 1815 seront employées en dégrèvements et secours pour les départements qui ont le plus souffert pendant l'occupation militaire de 1815. » L'article 6 instituait des commissions départementales qui avaient le droit d'accorder des indemnités à titre d'équité pour faits de guerre. V. 22 février 1826, *Lebray.*

Enfin une ordonnance des 8 mai—6 juin 1816 nommait une commission pour la répartition d'une somme de 6 millions accordés par le roi et les princes pour secourir les départements qui avaient le plus souffert de la guerre.

Digitized by Google

V.

Dans ce qui précède, nous avons examiné les dommages que l'État était obligé de réparer par une indemnité, et les dommages auxquels l'État n'attribuait que des secours. Nous allons maintenant nous trouver en présence de dommages qui donnaient droit à une indemnité au profit des particuliers, mais qui restaient à la charge des départements et des communes.

Sur quels principes reposait cette nouvelle classification? Comment un propriétaire, sans droit contre l'État, pouvait-il avoir action contre le département ou la commune? Voici, selon nous, la raison simple de cette apparente anomalie. En principe, du moment où l'État ne devait pas d'indemnité, le dommage restait à la charge de celui qui l'avait éprouvé; mais cette victime du dommage n'était pas nécessairement un particulier, ce pouvait être aussi une personne civile, un département, une commune. Ainsi, par exemple, l'ennemi avait frappé des réquisitions ou des contributions de guerre sur telle ou telle commune: ce n'était plus ici un particulier qui était atteint, c'était la communauté tout entière; d'où la conséquence que, si pour arriver à satisfaire à ces réquisitions, un particulier avait fourni des marchandises lui appartenant, ou s'il avait donné son argent, il avait action contre la communauté pour être indemnisé de tout ce qui dépassait sa part contributive. En pareil cas, la véritable victime du dommage était la commune; elle n'était pas indemnisée, mais au contraire chaque habitant avait droit de réclamer une répartition *égale* de la charge collective.

La plupart des dommages dont la réparation a été réglée par ces principes se rattachaient aux faits d'occupation par les troupes ennemies. — Dans les guerres de l'Empire, l'armée française avait appliqué cette règle, que le pays envahi doit nourrir l'envahisseur. Nous lisons dans un avis donné par le ministre de la guerre sur une affaire *Michelet*, jugée le 14 novembre 1821 :

« A son entrée dans le duché de Wilna, le chef du gouver-
« nement français qui commandait en personne son armée
« (1812), créa une commission qu'il composa des habitants
« les plus notables et qui devait être chargée de subvenir à

Digitized by Google

« la subsistance des troupes, soit au moyen de réquisitions « en nature, soit de toute autre manière. Le Trésor français « restait étranger à ces opérations, *car le pays devait nourrir « l'armée.* »

Les alliés ont largement pratiqué ce système en frappant de réquisitions les départements et les communes qu'ils occupaient. Pour satisfaire aux exigences de l'ennemi, il fallait prendre chez les habitants les objets demandés, ou faire des marchés de fournitures et se procurer l'argent nécessaire au paiement. De là trois causes d'indemnité à la charge soit des communes, soit des départements, suivant que la réquisition avait été imposée aux uns ou aux autres. Le principe est nettement formulé par une ordonnance du 28 janvier 1836, *Auerbacher*, dans laquelle nous lisons « que les fournitures faites « pour l'armée ennemie l'ont été à la décharge des habitants, « en remplacement des réquisitions de l'ennemi, et que les « créances qui en résultent constituent *des charges locales.* » Voir aussi 29 mai 1822. *Doumerc.*

Prenons d'abord les actions intentées aux communes. — Le cas le plus simple est celui où l'habitant a été forcé de fournir en nature l'objet de la réquisition. Un sieur Huot, conseiller municipal de la commune d'Abenans, avait pris, chez un sieur Perrin, une génisse, par voie de réquisition, pour le compte de la commune, et afin de subvenir à la subsistance d'un détachement de troupes ennemies. Perrin assigne Huot devant le juge de paix, qui condamne celui-ci ; conflit. — Annulation du jugement, parce qu'il s'agissait de la liquidation et du paiement d'une fourniture faite *pour le compte de la commune*, 11 décembre 1816, *Perrin.*

L'obligation de la commune en pareil cas a encore été reconnue par une ordonnance du 29 août 1834, *Lambin*, qui n'a écarté la réclamation, que parce qu'elle avait été produite *tardivement.* Cette ordonnance appliquait la déchéance prononcée par les lois des 28 avril 1816 et 25 mars 1817. — Voir au contraire Chambre civile, 26 mars 1838, *ville d'Altkirch*[1]. Cet arrêt décide que le paiement des fournitures faites sur réquisition aux armées étrangères pour le compte d'une commune, constitue une dette communale qui n'est pas atteinte

[1] Dalloz, *Répertoire*, v° Commune, n° 2608.

Digitized by Google

par les lois de déchéance et qui doit être poursuivie devant l'autorité judiciaire.

Il ne pouvait pas non plus y avoir de doute sur l'obligation de la commune, quand elle avait traité avec des fournisseurs pour l'entretien et la subsistance des troupes alliées. — Il y avait alors un contrat dont l'exécution rentrait sous l'empire du droit commun, et pour lequel l'autorité judiciaire était compétente. Mais, dans le désordre causé par l'occupation étrangère et à raison de la nécessité de pourvoir sans retard aux réquisitions de l'ennemi, il était souvent impossible de passer des traités réguliers. — Ce n'était pas seulement le maire qui était obligé de contracter au nom de la commune, mais les conseillers municipaux et même de simples habitants s'engageaient aussi pour la commune vis à vis des fournisseurs.

De là surgirent d'assez nombreuses contestations et notamment au point de vue de la compétence.

On sait que, d'après les principes de notre droit administratif, c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient de statuer sur l'existence et sur l'étendue d'une dette communale *contestée*, 29 août 1834, *Lambin*, mais qu'au contraire c'est l'autorité administrative qui seule peut assurer le paiement d'une dette communale *reconnue*. (Avis du Conseil d'État du 26 mai 1813.)

C'est cet avis qui a inspiré les décisions suivantes : 1° Un conseiller municipal qui avait emprunté une somme *pour le compte de la commune*, afin de subvenir aux charges de guerre, est assigné devant le juge de paix qui le condamne. Ce jugement est annulé sur conflit, parce que *le paiement* des sommes *dues par les communes* doit être poursuivi par voie administrative. 11 décembre 1816, *Locglin*.

2° Réquisition par un conseiller municipal pour le compte de la commune. Condamnation du conseiller par jugement du juge de paix. — Annulation sur conflit « parce qu'il s'agissait « de la *liquidation* et du paiement d'une fourniture faite au « nom et pour le compte de la commune, » 11 décembre 1816, *Perrin*.

Dans ces deux affaires il était certain que c'était en qualité de représentant de la commune que l'engagement avait été pris par le maire, et la dette communale n'était pas contestée

Digitized by Google

en principe; mais, dans une affaire où il s'agissait d'une réquisition de bois faite par un maire, s'élevait la question de savoir s'il avait agi comme administrateur ou comme particulier. Cette question ne pouvait, d'après une ordonnance du 8 janvier 1817, *Wilhelm*, être décidée que par l'autorité administrative. — L'ordonnance ajoute « que le mode de « paiement des dettes communales qui ne sont point con- « testées concerne également l'administration. »

Mais au contraire, si ceux qui avaient traité avec le fournisseur, dans l'intérêt de la commune, avaient pris un engagement personnel, ils devenaient justiciables des tribunaux ordinaires.

Les maire, adjoints et conseillers municipaux de Chagny avaient souscrit solidairement des billets à raison d'une fourniture de vin livrée aux commissaires autrichiens pour le compte de la commune. Ils sont condamnés par le tribunal de commerce. — Ordonnance qui annule le conflit, parce que « nonobstant la *cause* des billets et les *qualités* prises par « les signataires, il résulte de la nature même des billets, des « signatures individuelles et de la solidarité exprimée, que « les souscripteurs se sont engagés *personnellement*..... sauf « leur recours contre qui de droit. » 8 janvier 1817, *Goetchy*. Voir dans le même sens 12 août 1818, *Jobard*, 8 août 1821, *Kien*, et encore 26 août 1818, *Fumery*, dans une affaire où l'engagement avait été pris par 23 habitants, sans justification de qualité ni de mandat pour engager la commune.

Dans la plupart de ces affaires le recours a été formellement réservé. Le principe qui attribuait aux fournitures faites pour l'armée ennemie, soit sur réquisition, soit en vertu de marchés, le caractère de charges locales ne saurait donc être contesté. Ceux qui avaient fait les fournitures devenaient créanciers des communes, de même que ceux qui avaient prêté de l'argent pour en effectuer le paiement. 11 décembre 1816, *Locglin*. 4 juin 1841, *ville de Barr*. Dans cette dernière affaire nous trouvons également ce principe que pour les contributions de guerre les communes restaient débitrices envers les habitants qui avaient prêté leur argent, sauf recours des communes contre le département, si c'était sur celui-ci tout entier que la contribution avait été imposée.

La loi du 28 avril 1816 (art. 6) avait ordonné dans les dé-

Digitized by Google

partements où il avait été fait, pendant l'occupation militaire de 1815, des réquisitions de guerre, soit en argent, soit en denrées, soit en marchandises, la formation d'une commission de six membres nommée par le Conseil Général et présidée par le préfet. Elle devait vérifier et arrêter tous les comptes et marchés, et proposer pour la régularisation, la répartition et le mode d'acquittement des mesures qui, pour leur exécution, étaient soumises à l'approbation royale.

C'était donc à cette commission que les créanciers des communes, à raison des charges de l'occupation, étaient tenus de présenter leurs titres, et des circulaires préfectorales avaient fait défense aux communes de rien payer aux fournisseurs dont les créances n'avaient pas été liquidées[1].

Quant aux mesures prises par ces commissions pour le mode de paiement, elles varièrent suivant la situation particulière de chaque commune. « Dans l'examen de la liquida-« tion des charges de guerre, disait le ministre de l'inté-« rieur à propos d'une affaire jugée le 18 avril 1821, *Armand*, « les pouvoirs des commissions départementales n'avaient « d'autres limites que celles de l'équité. L'intention de la loi « n'était pas d'astreindre la liquidation à un mode uniforme, « car les éléments en étaient différents dans chaque loca-« lité. »

Il s'agissait dans cette affaire de la ville de Bar-sur-Aube. Là, le montant des charges de guerre avait été réparti entre les habitants réputés aisés au moyen d'une classification dont le but avait été d'exempter les indigents. Cette répartition avait été approuvée par la commission départementale et par ordonnance royale.

A Reims, il avait été fait un emprunt que le conseil municipal voulait payer sur les fonds et revenus communaux. Il reconnut la difficulté de ce remboursement, et, par une délibération, approuvée par la commission départementale et par ordonnance royale, l'emprunt fut converti en une taxe de guerre répartie entre les contribuables payant au moins 20 francs d'impôt (2 février 1825, *Hudsieck*).

Sans multiplier les exemples, nous pouvons constater que

[1] Voir une circulaire du préfet du Haut-Rhin du 3 avril 1816, citée dans un arrêté de conflit annulé par ordonnance du 8 août 1821 (*Kien*).

Digitized by Google

dans la plupart des communes ce fut au moyen de taxes extraordinaires qu'il fut pourvu à la dépense occasionnée par l'occupation étrangère.

VI.

Les commandants alliés s'étaient adressés souvent aux communes et notamment aux chefs-lieux de canton, dont les maires étaient alors chargés de centraliser le produit des réquisitions, 5 mai 1831, *Dangy*; mais, quand le corps d'occupation était nombreux, c'était le département tout entier qui était directement obligé de pourvoir à l'entretien et à la subsistance des troupes alliées.

L'administration départementale avait le plus souvent recours à des marchés de fournitures. Ces marchés étaient soumis aux règles ordinaires. La liquidation devait être faite par le préfet et, en cas de contestation, c'était au conseil de préfecture et non aux commissions départementales à statuer. De nombreuses décisions du conseil d'Etat ont annulé des arrêtés par lesquels ces commissions avaient voulu statuer en pareil cas comme jurys d'équité et allouer des prix en dehors des clauses des marchés. (Voir notamment 14 mai 1817 *Moroy*; 23 janvier 1820 *St-Just*; 29 mai 1822 *Everling*; 28 août 1822 *Lecuillier*; 30 décembre 1822 *Doumerc*; 19 février 1823 *Benoit*; 23 juillet 1823 *Arbaud*.)

Dans d'autres circonstances l'administration faisait appel aux communes qui fournissaient, au moyen de réquisitions exercées chez les habitants, les marchandises demandées. Les indemnités étaient alors liquidées par la commission départementale et réparties par les soins des maires des communes entre les habitants qui avaient été frappés de réquisition (21 mai 1823 *Habitants d'Hécourt St-Quentin*).

Dans d'autres circonstances l'administration départementale réquisitionnait elle-même les marchandises exigées par l'ennemi (29 mai 1822 *Doumerc*).

Les réquisitions en nature n'étaient pas les seules que les alliés fissent tomber sur les départements occupés; ils les remplaçaient quelquefois par des réquisitions en argent et se chargeaient alors eux-mêmes des marchés de fournitures. C'est ce qui arriva notamment dans le département des Vosges où un sieur *Lung* fit un traité avec les alliés. Après l'évacua-

Digitized by Google

tion du territoire le sieur Lung, qui n'avait pas été payé, voulut réclamer le paiement au département et aux communes. On lui répondit qu'il n'était créancier que de l'administration des alliés, qu'il ne pouvait répéter que le montant de la réquisition en argent, et qu'en conséquence il ne pouvait avoir droit qu'au reliquat de cette réquisition, laissé par l'ennemi dans la caisse du receveur général des Vosges (19 mars 1820 et 4 juin 1823 *Lung*).

Ces réquisitions en argent, comme les contributions de guerre levées également par les alliés, constituaient les communes qui les avaient fournies créancières du département. La commission départementale du Bas-Rhin l'a ainsi décidé dans l'affaire de la *ville de Barr*, 4 juin 1841. Cette ville avait fait sur les contribuables aisés la répartition de la somme mise à sa charge dans une contribution de guerre. Cette contribution fut admise comme charge départementale, mais compensée avec un arriéré d'impôts dû par la même ville qui, d'un autre côté, comme nous l'avons dit plus haut, resta débitrice vis-à-vis des habitants sur lesquels la répartition avait été faite.

Les frais d'entretien des troupes alliées et les contributions de guerre sont en résumé les charges que la jurisprudence administrative a considérées comme *charges locales*, mais, en dehors de ces deux natures de dépenses, les communes et les départements n'étaient pas plus que l'État, tenus de supporter les faits de guerre qui s'étaient produits sur leur territoire. Les réquisitions arbitraires, les actes de pillage ne retombaient donc à leur charge que quand ils avaient eu pour résultat de diminuer d'autant le montant des fournitures à faire aux alliés (28 janvier 1836 *Auerbacher*).

Des habitants d'Arpenans (Haute-Saône) avaient été dépouillés de chevaux et de charriots, qu'ils avaient été requis par des détachements ennemis de fournir pour le transport des bagages. Leur demande d'indemnité a été écartée « parce « qu'ils ne produisaient aucun marché ni aucune réquisition « qui établît que les objets dont ils réclamaient le rembour- « sement eussent été fournis *à la décharge de la commune ou* « *du département* (20 juillet 1823 *Caillet*).

C'est ainsi encore que le département de l'Yonne a été exonéré de toute responsabilité pour des vins saisis à Joigny,

Digitized by Google

sans réquisition, par le commandant des Cosaques (8 septembre 1819 *Magnard*).

Un marché avait été conclu pour une fourniture de vins au département du Bas-Rhin; ces vins furent pillés dans le département de la Haute-Marne. Le premier n'était pas obligé parce que la marchandise voyageait aux risques de l'expéditeur, le second parce qu'on ne prouvait pas que les vins fussent venus à la décharge des réquisitions frappées sur lui. 23 janvier 1820, *Seck*. Voir enfin sur des espèces identiques, les motifs des ordonnances des 27 avril 1825, *Doumerc*, et 16 novembre 1825, *Schœngrün*. Il s'agissait dans cette dernière affaire de bois enlevés dans la forêt d'Oberan, par les habitants de certaines communes, *sur l'ordre des maires*, obéissant aux injonctions des commandants militaires ennemis. Le doute pouvait venir de cette intervention de l'autorité municipale, et on pouvait en conclure que l'enlèvement avait eu lieu pour subvenir à des réquisitions frappées sur les communes et que celles-ci devaient supporter, « considérant, dit le Conseil d'Etat, qu'il s'agit d'enlèvement de « bois, qui *dans l'espèce* constituait un fait de guerre dont les « suites ne peuvent retomber à la charge, soit de l'État, *soit* « *du département ou des communes* dont il s'agit. »

Les commissions départementales avaient reçu mission, ainsi que nous l'avons dit déjà, de proposer les mesures financières nécessaires à la liquidation et au mode de payement. Quand il s'agissait des dettes départementales dont nous venons de parler, c'était par voie de centimes additionnels qu'il était ordinairement procédé. C'est ainsi que nous voyons une ordonnance royale du 22 octobre 1817, rendue sur la proposition de la commission départementale, autoriser la perception de deux centimes un quart du principal des contributions foncière, personnelle et mobilière et des portes et fenêtres, et de cinq centimes du principal de la contribution des patentes sur les contribuables du département de l'Aube.

Lorsque cette perception était réalisée et que la somme produite était appliquée et consommée, l'obligation du département était-elle éteinte ? on pourrait le penser d'après les termes d'une ordonnance du 27 décembre 1820, *Maillard*, qui repousse dans ces circonstances les réclamations du four-

Digitized by Google

nisseur. Mais nous voyons au contraire le Conseil d'État, longtemps après la cessation des fonctions des commissions départementales, admettre les créances des fournisseurs et déclarer le département débiteur (29 juin 1832, *De Chapeau-rouge*; 23 juillet 1840, *Auerbacher*, et 24 juillet 1845, *Ibid.*) La décision de 1820 ne nous parait donc pas avoir consacré en principe la libération du département débiteur. Il a été inspiré par des nécessités financières faciles à comprendre. Les départements avaient été surchargés de contributions extraordinaires et le gouvernement ne croyait pas opportun de créer des impositions nouvelles pour quelques créanciers retardataires. Cette décision isolée ne saurait donc être considérée comme ayant fait l'application d'une règle générale.

VII.

Le rapide exposé que nous venons de faire permet de résumer en le précisant le système suivi pour la réparation des dommages causés par les invasions de 1814 et de 1815. Nous le ferons brièvement, en reprenant successivement chaque cause du dommage.

Les réquisitions exercées par les autorités françaises pour l'entretien et la nourriture de l'armée nationale ont été mises à la charge de l'État, mais les indemnités n'étaient payables que sur des fonds spéciaux et seulement jusqu'à concurrence du montant de ces fonds.

Les dommages causés par la mise en état de défense des places de guerre faisaient naître également une obligation de l'État, dans la mesure et sous les conditions de la loi du 8 juillet 1791.

Les dommages résultant de travaux pour la défense générale du territoire ne donnaient droit à aucune indemnité.

Il en était de même des dommages causés pendant la lutte, par les opérations militaires, ou de ceux résultant d'enlèvements de marchandises sans réquisition, ou d'actes de pillage commis par l'ennemi.

Les réquisitions faites par les alliés restaient à la charge des communes ou des départements sur lesquels ils avaient été frappés. Même solution pour les contributions de guerre.

Dans ces deux derniers cas les particuliers avaient droit de se faire rembourser par la commune ou par le départe-

Digitized by Google

ment la valeur des marchandises ou la somme d'argent qui dépassait leur part contributive dans la charge collective.

Le même droit appartenait aux propriétaires de marchandises pillées, quand elles avaient servi à exonérer d'autant les communes ou les départements frappés de réquisitions.

Enfin, dans tous les cas où la loi ne reconnaissait pas de droit à une indemnité, le gouvernement venait au secours des victimes de la guerre, au moyen de dégrèvements sur les contributions, de cessions gratuites de bois, de crédits spécialements affectés par le budget, et aussi des sommes abandonnées par le roi et la famille royale sur leur liste civile.

PAUL COLLET.

LA PAROLE ET LA FORME DANS L'ANCIENNE PROCÉDURE FRANÇAISE.

Par Henri BRUNNER,
professeur de droit à l'Université de Lemberg.

Reproduit en français par M. HECQUET DE ROQUEMONT, docteur en droit, président de chambre à la Cour d'appel d'Amiens.

(*Suite* [1].)

4. *La preuve par témoins.*

Cette preuve, dans la procédure formaliste, doit être distinguée d'une part de la *loial enqueste*, d'autre part de la preuve inquisitoriale introduite par Saint-Louis [2]. Elle se divise en deux phases successives, la déposition, *dire la garentie*, et le serment, *jurer la garentie*. Chacun de ces actes est assujetti aux formalités du droit strict. Dans sa déposition, le témoin peut, en méparlant, tout aussi bien *deffaillir de sa parole* [3] que le plaideur dans ses discours. Son serment peut, comme celui de la partie, être nul pour faute commise dans le langage ou dans la forme.

La déposition doit concorder exactement avec les termes dans lesquels le témoignage a été offert. Selon les exigences

[1] V. *Revue critique*, t. I, p. 22 (livraison de décembre 1871); p. 158 (livraison de février 1872); p. 230 livraison de mars 1872).

[2] Nous en justifierons plus tard. Nous ne faisons pas figurer le droit normand dans ce paragraphe.

[3] *Usage de Borgoigne*, ch. 2, Marnier, 4.

Digitized by Google

de son rôle, le témoin doit déclarer que ce dont il témoigne il l'a vu et entendu et qu'il est prêt à l'affirmer par serment. Ce langage, il peut et parfois même il doit le tenir par l'organe d'un prolocuteur.

La *coustume anchienne des wages de bataille*, laquelle était en vigueur à Amiens, règle ainsi la déposition : celui qui produit le témoin le tient par le pan de son vêtement, le prolocuteur en fait autant. Ce dernier prend ensuite la parole, il reproduit *tous les propres mos du claim et de la demande mot à mot* et déclare que tous ces mots sont attestés par le témoin qu'il tient par le pan de son vêtement[1]. Le témoin s'offre à en prouver par serment l'exactitude et il pose à cette fin la main sur les saints[2].

D'après les Assises de la Haute Cour, les témoins, dès qu'ils sont pourvus d'un prolocuteur, doivent l'instruire de ce qu'il a à dire en leur nom, savoir *que il furent ou leuc et en la place où il virent tel chose faire et oïrent tel chose dire ; et dient à qui et quei*. Lorsque le prolocuteur a rendu témoignage en leur nom et déclaré qu'ils sont prêts *à faire ce que leaus garenz doivent faire*, le juge les somme d'avancer et de jurer que les choses sont telles que l'a déclaré pour eux leur prolocuteur[3].

Suivant l'usage de Borgoigne[4], le témoin parle lui-même mais il n'est pas admissible au serment s'il s'est borné à dire : *Je porte tesmoins de que ciz ha dit*, son langage devant être celui-ci : *Je fui el leu que ie vi ce et oir* (*oi*) *et oir recognoistre*, ou bien encore : *Je vi et oi que ce fu ensi et en ferai que loials tesmoins*[5].

[1] Il (le demandeur) venra et amenra sen tesmoing et le tenra li avocas par le pan du sercot.

[2] Du Cange, II, 68a.

[3] Jean d'Ibelin, ch. 77.

[4] *Anc. cout. de Bourg.* (éd. Marnier), ch. 2.

[5] A la différence du cojurateur qui encourt la déchéance s'il ne se dispose pas à prêter son serment sans en être préalablement sommé, le témoin est récusable s'il s'avance pour déposer sans y être appelé. Sous saint Louis, le témoignage est devenu un devoir public et le témoin a pu y être contraint. Cette contrainte et le caractère inquisitorial de la nouvelle preuve par témoins excluaient naturellement la répulsion de ceux-ci pour avoir méparlé. De là, sans doute, ce passage des Anciennes Coutumes de Ponthieu et de Vimeu (Marnier, *Cout. de Picardie*, 123, X) : « Se aucuns tesmoins *dit volagement* aucune cose anchois qu'il en soit appellés en cause de tesmongnage, pour che n'est il mie à repeller. » S'il en était autrement, deux

Digitized by Google

Lors même que, comme nous l'avons vu dans la coutume d'Amiens et dans les Assises de Jérusalem, la déposition peut ou doit avoir lieu par l'organe d'un prolocuteur, la représentation ne s'étend pas jusqu'au serment. Le témoin doit toujours jurer en personne, seulement il lui suffit de se référer dans la formule du serment à la déposition. Le danger se trouve ainsi réduit aux proportions les plus restreintes. C'est peut-être dans ce but que la déposition et le serment étaient ainsi séparés. Car les défauts de forme commis dans la déposition par un prolocuteur pouvaient être réparés par un moyen que nous indiquerons plus tard ; le serment au contraire ne comportait rien de semblable. Quant aux formalités du serment, elles ne diffèrent point de celles du serment des parties.

5. *L'appel.*

L'appel est un des actes les plus difficiles et les plus périlleux de la procédure formaliste. Il peut être dirigé tant contre le jugement que contre le serment de la partie ou des témoins. Dans chacun de ces cas, la procédure est la même. L'appelant déclare faux l'acte qu'il attaque et cette déclaration donne lieu au combat judiciaire entre lui et celui dont l'acte émane. Le danger consiste principalement en ce que le moment décisif où l'appel doit intervenir peut facilement être négligé par mégarde ou irrésolution. *Fausser*, *chalongier*, *calumniare* se dit de l'appel en général, *lever* et *torner* (par bataille) se dit en particulier de l'appel de faux serment.

L'appel du serment de l'adversaire a lieu dans deux cas distincts. Ou bien il a pour but de rendre impossible à l'adversaire la preuve à l'aide du serment, et alors la procédure commencée *sans appel de bataille* se poursuit sur la question de sincérité du serment suivant les règles qui régissent les *gages de bataille* [1]. Ou bien il constitue un acte

personnes, dont le témoignage doit être mon unique preuve, pourraient par haine contre moi m'en frustrer en se présentant prématurément pour déposer. Dans l'ancien droit, je ne pouvais songer à faire ma preuve à l'aide de témoins qui me *hayoient;* car il n'y avait pas de contrainte.

[1] Torner le serment en provoquant à la bataille était chose usitée dans l'ancienne procédure allemande. Dans les sources de l'ancien droit français, elle est relativement peu mentionnée. *Usage d'Amiens*, c. 57, Thierry, *l. c.*,

Digitized by Google

nécessaire et formel de la procédure de preuve reposant directement sur le combat judiciaire, alors il a lieu immédiatement avant le combat. Le serment prêté par l'une des deux parties (*serment de bataille*) est argué par l'autre de parjure, c'est là la base juridique du combat qui y fait suite. Tandis que dans le premier cas l'appel donne tout à coup à la procédure une tournure nouvelle, il est imposé dans le second par la forme de l'action qui est intentée comme devant entraîner le combat. Là il dépend de la volonté de l'adversaire; ici il est inévitable si la partie veut rester fidèle à la promesse de *prouver par son corps*, qu'elle a faite lors de la dation des gages de bataille [1].

Les formalités de l'appel du *serment de bataille* devant la

136 : ...Par son serement avelc l'essone s'en passera et se il (l'adversaire) ne velt *lui* ou ses tesmoins lever. — De Fontaines, XXI, 32, prévoit le cas où un des hommes appelés à rendre la justice veut jurer qu'il n'a pas pris répit pour le jugement avec les autres : Se tu as home qui fust au respit prendre qui l'en vueille lever come parjure : fère le puet. — D'après les *Établissements de saint Louis*, I, 118, celui qui est actionné comme caution peut repousser cette prétention par le serment. Mais si la somme excède 5 sous, li autres li porroit chalongier par un champ de bataille cors à cors. — La très-ancienne coutume de Bretagne, ch. 134, s'exprime très-nettement à propos des actions sur tiltre d'héritaige. Le défendeur offre de jurer le bien fondé de son titre d'acquisition... Si la partie (l'adversaire) ne voulait chalonger la loy (le serment) de la bataille (par le salut de bataille) le defenseur serait quitte faisant la loy... Si l'acteur vouloit chalonger la loy avant qu'il eust fait serment il pourroit dire : « Vous ne le pouriez faire (le serment) car si vous le faisiez vous seriez parjure, » et en getteroit ung gaige en Cour. Adonc seroit la bataille jugée par la coustume. On lit encore au chapitre 132 : Bataille peut estre jugée pour... trayson... larcin (dans les cas où l'action est subordonnée au combat)... pour parjurement (c'est le cas qui nous occupe).

[1] Il y a de la diversité dans les coutumes au sujet de l'appel du serment de bataille. C'est tantôt le serment du demandeur, tantôt le serment du défendeur qui en est l'objet. Cette différence en indique une dans la distribution des rôles en ce qui touche l'administration de la preuve. L'appel s'adresse au premier serment prêté. En Normandie, conformément au principe germanique sur la preuve, c'est du défendeur que ce serment émane. Les *Assisiæ Normanniæ* dans Warnkönig, II, appendice, 55, présentent le passage suivant : « Quæritur quis campionum debeat primo jurare. Responsio : ille qui defendit. » Le défendeur jure donc qu'il n'a pas commis le fait et le demandeur le taxe de parjure. Cf. Somma II, 2, § 10. En Beauvoisis, d'après Beaumanoir, LXIV, 9, il en est autrement. Le demandeur jure que son adversaire fist le fet. Le défendeur lui dit : Ie voz en lieve comme parjure; après quoi il jure que l'adversaire a menti.

Digitized by Google

Haute Cour de Jérusalem nous sont révélées par Jacques d'Ibelin. Le demandeur agenouillé jure sur les évangiles l'exactitude du fait qu'il invoque. Après qu'il a juré, mais avant qu'il se relève (*si tost come celui a juré, avant que il se lieve*) le défendeur doit le saisir par la main ou par le bras près de la main et dire : *Ge t'en lieve comme faus et parjur.* Si, après le serment prêté par son adversaire, le défendeur lui a laissé le temps de se relever, il est déchu [1].

L'appel du serment des témoins ne demande pas moins de vigilance et de promptitude. *La coustume anchiene des wages de bataille* d'Amiens, renferme à ce sujet les dispositions suivantes : Aussitôt que le témoin s'est agenouillé et a mis la main sur les saints pour jurer, le défendeur doit s'avancer, le saisir par cette même main, le *lever* et dire qu'il est un faux témoin, car jamais et nulle part on n'a vu ni ouï qu'il ait fait ce que ce témoin déclare [2]. Là dessus, il remet son gage de bataille entre les mains du prévôt ; il offre de prouver son dire soit par son propre corps soit par un tiers, il fait réserve d'*avoué et amendement d'armes, de dire et de faire, et de quanques il apartient à loy de bataille pour cors d'oume warder sauver et deffendre.* D'après les anciennes constitutions du Châtelet [3] l'appelant doit saisir le témoin par le pan de son vêtement [4] et dire : *Je lieve cestui come faus tesmoins et desloial*, ensuite vient l'offre du combat avec ses retenails circonstanciés.

Le moment décisif pour former l'appel contre le témoin était l'objet d'une divergence profonde entre les juristes français de l'Orient. Philippe de Navarre [5] et avec lui Geoffroy Le Tort [6] veulent qu'aussitôt que le témoin s'est agenouillé pour prêter serment, l'appelant le saisisse par la main droite et se prononce. S'il attendait que deux témoins eussent juré,

[1] Jacques d'Ibelin, ch. 20. — Beugnot, I, 460.

[2] Et si tost come li tesmoins sera agenouilliés pour jurer et ara se main seur les sains, Chil à qui on demande le dete ou ses avocas devera aler avant et prendre le tesmoing par la main, qu'il ara mise seur les sains, et lever et dire qu'il est faus tesmoins et qu'il ne fu onques veus ne ois en lieu ne en estre à che faire qu'il tesmoigne...

[3] Article 58.

[4] « Et les doit tenir par les pans des robes. »

[5] Ch. 10, Beugnot, *Assises*, I, 483.

[6] Ch. 23, Beugnot, *Assises*, I, 441.

Digitized by Google

leur témoignage serait inattaquable et sa cause perdue[1]. Les deux Ibelin envisagent la chose différemment. D'après eux, ce n'est pas dès le début, mais à la fin de la prestation de serment, que l'appel doit intervenir. Jacques d'Ibelin, rattachant l'appel contre le témoin à l'appel du serment de bataille, dit : *Se il ne le fait tot ensi, il a sa quarelle perdue*[2]. Conséquemment c'est après qu'il a juré, mais avant qu'il se relève, que le témoin doit être frappé d'appel. Jean d'Ibelin, qui examine la question avec développements[3], s'appuie sur la teneur de la formule d'appel : *Tu mens come faus garent et je te lieve come esparjure.* Personne n'est parjure pour avoir seulement voulu prêter serment, s'il ne l'a pas prêté en réalité. Personne aussi n'est faux témoin avant d'avoir témoigné et on n'a pas témoigné avant d'avoir juré. Appeler donc avant le serment du témoin, c'est appeler d'un parjure et d'un faux témoignage qui n'existent pas. Si l'on en venait au combat, l'appelant prêterait un faux serment de bataille ; il devrait dire qu'il y a eu parjure, encore bien qu'il n'y ait pas eu de serment. D'après le droit, l'usage et la nature des choses, il ne peut y avoir bataille à raison d'un fait projeté sans doute, mais non encore commis. Si quelqu'un avait pris la résolution d'un meurtre ou d'une trahison envers le seigneur et juré sur les saints de la réaliser, on ne pourrait cependant le poursuivre pour meurtre ou trahison tant qu'il n'en serait pas venu à l'exécution. Car on projette, on annonce beaucoup de choses que pourtant on ne fait pas[4].

Ce n'est pas de Jean d'Ibelin lui-même qu'émane l'opinion qu'il défend. Déjà les motifs qu'ils s'approprie devaient être connus de Philippe de Navarre son devancier; car la procédure que celui-ci conseille de suivre a visiblement pour objet de ne pas donner prise aux objections des adversaires. A la distinction du fait projeté mais non commis il oppose le principe éminemment juridique de la criminalité de la ten-

[1] Et se celui qui en viaut l'un lever, seufre tant que il aient andui juré, lor garentie sera ferme et il aura sa querele perdue. (Phil. de Nav., *l. c.*)

[2] Ch. 20, Beugnot, *Assises*, I, 460.

[3] Ch. 74, Beugnot, *Assises*, I, 119.

[4] Comp. Clef, 101 : Nul ne doit autre lever par gage de bataille comme esparjure tant que il ait fait le sairement.

Digitized by Google

tative, principe dont l'appelant se prévaut dans sa formule. Avant le serment, le témoin doit être interpellé s'il veut affirmer par serment la vérité de son témoignage. S'il répond affirmativement et s'agenouille pour jurer, l'appelant l'arrête par ces paroles : *Lieve sus, car je ten lieve com faus et parjure, car en toi ne remaint que tu ne te parjures*[1].

Beaumanoir place également l'appel avant le serment. On peut, observe-t-il, laisser passer le premier témoin. Par un témoin, en effet, une cause n'est pas perdue; mais par deux elle le serait. C'est donc lorsque le second témoin vient au serment qu'il est essentiel d'appeler. *Si tost comme li secons s'agenoulle et tent se main as sains por jurer, cil qui veut apeler, doit dire au juge : sire, chis tesmoins que je voi aparellié et pres de tesmongnier contre mi, je le lieve de son tesmongnier comme faus et parjure*[2].

L'appel du jugement devait être formé *illico*, sous peine de déchéance[3]. C'était la coutume du royaume, le droit français commun, à une certaine époque même, le droit germanique commun[4]. Ce droit a continué de subsister en France après qu'au lieu de la bataille est survenue l'épreuve d'un second degré de juridiction. A ces mots de la formule : *cis jugement est faus et malvès et desloiax* se joignaient, dans les formes de droit, l'offre du combat et la remise du gage de bataille. Faute de joindre ainsi les actes aux paroles, l'appelant *apele nicement* et encourt pour *vilonie dite* une amende qui n'est toutefois que de 5 sous pour les *hommes coustumiers*. Aussi Beaumanoir conseille-t-il d'y ajouter, en ce cas, de la prison[5].

Dans le Vermandois, l'appel ne peut être interjeté qu'au-

[1] Phil. de Nav., ch. 10. Cf. Geoffroy Le Tort, *l. c.*

[2] Beaumanoir, LXI, 54, 55. Les Anciennes Coustumes du Châtelet disent au contraire : Li reuz puet lever le premier ou le secont ou le tiers qui mieix li plera... et la formule qu'elles donnent est celle-ci : Je lieve cestui come faus tesmoing et traistre et tous les deux autres aussi.

[3] *Stil. Parlam.*, I, ch. 20, § 2; Coutumes notoires, art. 166; Loysel, *l. c.*, II, 235. Par la coutume du royaume on devoit appeller *illico;* autrement on n'y estoit jamais reçu.

[4] Dans différentes localités, on peut même dire dans toutes, dit Siegel, *Gefahr*, 26, l'appel devait être interjeté sur place avant d'avoir levé ou tourné le pied, dans l'acception littérale des termes.

[5] Beaumanoir, LXI, 51. Cf. *l. c.*, 44.

Digitized by Google

tant qu'abstraction faite de celui qui rend le jugement il n'y a pas plus de trois hommes qui y ont donné leur adhésion (*s'accorder au jugement*, *s'assentir*, *suivre*, *ensuivre*) Aussi ne faut-il pas moins de cinq hommes pour concourir au jugement (y compris celui qui le rend [1]). Si le cinquième avait accédé, *li fauserres.. seroit.. boutez arière de son fausement* et le jugement aurait force de chose jugée [2]. Dans le Beauvoisis, l'appel est toujours valable, sauf à l'appelant à combattre avec tous les hommes qui avaient adhéré au moment où il a fait sa déclaration d'appel [3]. Pour échapper à un combat aussi inégal on prie le Seigneur de faire comparaître isolément les hommes et le premier qui déclare y adhérer est celui avec lequel on combat [4].

Alors même que les dangers de l'appel ont été heureusement évités, la partie est encore exposée à en perdre par mégarde le bénéfice. Ainsi, s'il lui arrive d'accepter sur un point quelconque une nouvelle décision de ceux dont elle a attaqué le jugement, elle a par là renoncé à son appel [5]. Il est facile de lui en fournir insidieusement l'occasion. Celui qui appelle demande en même temps un jour *à prover ce qu'il a arrami* [6]. La fixation du délai peut en apparence lui être contestée en ces termes : *que il n'auroit point de jor, se droit ne le disoit* [7]. D'un côté, il ne peut se refuser à ouïr droit; car il y aurait de sa part *défaute en cort* entrainant déchéance immé-

[1] Il n'est du reste pas nécessaire que ce soit son œuvre propre. Cf. *Olim*, I, 455, année 1259 : « Castellanus respondit quod ad hoc non tenebatur respondere, cum ipse non fecisset judicium ut dicebat (actor) set illud protulerat. »

[2] De Fontaines, XXI, 29.

[3] Celui qui intente contre plusieurs à la fois un procès de nature à se vider par la bataille, combat contre tous d'après le droit du Beauvoisis. Comp. dans Jean d'Ibelin, ch. 110, l'appel du jugement cité *suprà* p. 168, princ. et dans *Li romans dou chevalier au Lyon*, le combat d'Iwein avec l'accusateur de Lunete et ses deux frères.

[4] Stein, *l. c.*, 240 et suiv.

[5] Beaumanoir, LXVII, 15 : « ...Car il aroient renoncié à lor apel, por ce qu'il tenroient à bon jugeurs cix de qui il aroient apelé. » — De Fontaines, XXII, 2.— Cf. XXI, 55.— De même on ne peut, sans renoncer virtuellement à l'appel, accepter aucun serment de celui qu'on a salué pour la bataille.

[6] De Fontaines, XXII, 1.

[7] On en deist autres paroles dont en li demandast s'il vauroit oïr droit. (De Fontaines, XXII, 2.)

Digitized by Google

diate. De l'autre, il ne peut, sans perdre le bénéfice de son appel, se prêter à une nouvelle décision de ses juges. Il échappe à ce double écueil en déclarant qu'il veut bien entendre ce qui est droit, mais seulement de la part de juges qui n'ont pas pris part au jugement frappé d'appel [1].

VII. Cautelles

1. *Sans égard à l'assistance d'auxiliaires.*

Le danger résultant tout à la fois du formalisme de la procédure et de l'irrévocabilité de la parole était jusqu'à un certain point contrebalancé par les mesures qu'une partie prudente avait à sa disposition pour s'accommoder aux exigences du droit strict. Ce sont les cautelles. Les unes consistent dans l'assistance d'auxiliaires ou la supposent; les autres sont de simples déclarations que la partie peut faire elle-même. Il faudrait un exposé circonstancié de la procédure pour les énumérer toutes et d'une façon saisissable. Les coutumes d'ailleurs sont loin de s'accorder sur ce point tant à cause des différences préexistant entre elles relativement à la forme qu'à raison du plus ou moins d'adoucissement apporté, selon les localités, aux rigueurs du droit strict. Nous ne présentons donc les cautelles ci-après qu'à titre d'aperçu et en observant qu'elles n'étaient pas universellement admises [2].

1. Pour se préserver du danger que comporte l'accomplissement d'un acte, la partie est autorisée à s'instruire auprès du juge sur la manière de l'accomplir. Ainsi, d'après les usages de la cité d'Amiens, *quiconques soit qu'il ne sachemie comme il doist et puist tesmoins lever, il le puet demander au maieur, comment il le puet et doit lever et li maires li doit enseignier et chertéfier, comment il le puist et doie lever* [3].

2. Après l'offre régulière de tel acte de procédure, la partie pouvait demander pour sa sûreté qu'un jugement déterminât à l'avance ce qu'elle avait à faire. S'agissait-il par exemple

[1] De Fontaines, XXII, 2.

[2] Sur les cautelles de la procédure allemande, comp. Siegel, *Gefahr*, 18 et suiv. Dans le but de mieux faire ressortir ici l'accord du droit allemand et du droit français, nous avons choisi pour exemples les cautelles correspondant à celles citées par Siegel ou présentant avec elles de l'analogie.

[3] Art. 44, Thierry, 134.

Digitized by Google

d'en venir, après la remise des gages de bataille, au combat judiciaire, elle demandait qu'un jugement décidât dans quelle armure elle devait paraître[1]. *Sire, faites noz dire à la court quels armes il nos convendra aveir à nos combatre.* Alors le juge enjoint aux hommes de justice de dire par jugement dans quelle armure les parties devront se présenter, *et la court le deit conoistre selonc ce que il sont chevaliers ou serjans*[2].

3. Une précaution du même genre est de ne pas formuler ses propositions avec précision, mais de s'en rapporter d'avance au dire des hommes de justice, en déclarant qu'on veut faire ce que la Cour reconnaîtra nécessaire ou ce qu'on doit faire suivant le droit. Ainsi, d'après li livres de Jostice et de Plet, le demandeur, au lieu d'offrir la preuve par bataille, pouvait s'exprimer en ces termes : *S'il* (le défendeur) *viaut dire que ce ne soit voirs, il* (le demandeur) *est prez de mostrer et de l'avérer que ce est voirs, si comme la cort agardera* (*esgardera*) *que il fere le doie*[3]. Le défendeur pouvait répondre. *Et je sui prez de fere encontre tel ni et tel deffanse comme je doi*[4]. Lorsqu'une partie, soit après une offre régulière (conf. le n° 2), soit pour y suppléer, sollicitait une pareille décision de la justice, on appelait cela *se couvrir du fait de la court* et l'instruction ainsi donnée par jugement était nommée *couverture de court*. La Cour couvrait en effet par son jugement la partie qui prenait le soin de s'y conformer. C'était un excellent préservatif contre les dangers du droit strict, mais loin d'être universellement admis, il n'apparaît çà et là que comme exception. Une source du droit normand considère comme

[1] Ceci avait une grande importance pratique, l'irrégularité de l'armement pouvant entraîner les conséquences les plus funestes. A la suite de détails méticuleux sur l'équipement, la coustume anchienne des wages de bataille, d'Amiens, ajoute : Et s'autre coze avoi(t) seur li, il perdroit se querelle (Du Cange, gl. II, 68[b]). D'après Beaumanoir, LXIV, 2, on lui enlève toutes ses armes et il combat en pure chemise. Comp. Stein, *l. c.*, 229. Suivant l'ordonnance de Philippe le Bel de 1306, la partie, qui se présente au combat, stipule que si son ennemy portoit... aultres armes... qu'il ne devoit porter selonc la constitution de France, que icelles luy soient ostées et que en lieu d'icelles nulles aultres n'ayt ny puisse avoir (Du Cange, gl. II, 957[c]).

[2] Jean d'Ibelin, ch. 89.

[3] *L.L. d. J.*, XIX, 1, § 1.

[4] *L. c.*, XIX, 4, § 1.

Digitized by Google

non defensus le défendeur qui s'est borné à déclarer : quod velit se defendere sicut curia.. consideraverit, car la Cour n'a pas à l'instruire de ses moyens de défense [1]. Et l'*Abrégé du livre des Ass. de la Cour des Bourgeois* déclare nulle l'action de meurtre, si le demandeur s'en est remis à la décision de la Cour pour la preuve à fournir, *pour ce que ce est fait dou murtre, à qui couverture de court n'a adons* (*alors*) *mestier* [2].

4. Parfois la partie est autorisée à se prémunir par des réserves contre le danger qu'un vice de forme pourrait avoir pour elle. Mais ces réserves sont restreintes à quelques cas expressément prévus, tels sont : dans le droit du Beauvoisis, le Retenail contre les suites d'une confusion de noms ; dans la coutume de Lille, celui du bègue et de l'étranger contre le méparler et celui relatif à la manière de placer la main lors du serment.

5. Ce qu'il y avait de plus avantageux pour la partie, dans certaines coutumes, c'était que le seigneur ou son représentant voulût bien l'exempter des dangers du formalisme. L'ancien droit de Lille admettait ainsi l'exemption du danger de la parole. Elle pouvait être accordée soit d'une manière générale, soit uniquement pour dispenser des amendes jusqu'à concurrence de 60 sous. Dans tous les cas, *chius qui tient le liu dou signeur* n'obtempère à la demande que sous une réserve. « *Bien me plaist*, dit-il, *que vous parles sans entrepresure, sauf che que vous ne dites lait à eschevins ne à autrui* [3]. »

[1] Bracton, 138b : « Si.. simpliciter dicat quod velit se defendere sicut curia domini regis consideraverit, nisi plus dicat, non erit defensus, quia non pertinet ad curiam regis instruere eum qualiter se defendere debeat. »

[2] *Abrégé*, IIe partie, ch. 26.— Beugnot. *Assises*, II, 337.

[3] Roisin, 29, n° 6 : Apries le présentement fait... li demandans par lui ou par amparlier doit... dire... ce qu'il demande à son adversare... et doit *parler par loy*, s'il n'en prent congiet au tenant le liu dou signeur et qu'il li doinst congiet *de parler sans entrepresure*. Et s'il li donne congiet de parler sans entrepresure treschi a LX sous ou parmi nient quil ni maiche point de nombre d'argent, si doit biens chius qui tient le liu dou signeur dire... (la suite comme dans le texte). *Parler par loy*, signifie selon nous parler conformément au droit strict. Brun-Lavainne l'entend différemment dans le sommaire du chapitre : « Il (le demandeur) *doit faire parler un « homme de loi* s'il n'a demandé et obtenu du lieutenant du seigneur l'au« torisation de parler par lui-même en se conformant aux usages. Le lieu« tenant du seigneur peut accorder cette permission sous peine de LX sous « d'amende en cas d'infraction ou même sans stipuler une somme d'argent.

Digitized by Google

Aux cautelles ci-dessus décrites, lesquelles n'étaient admises que dans certaines localités ou dans des cas déterminés, se rattache l'usage général de l'emploi d'auxiliaires et — ce que cet usage rendait possible — l'amendement de la parole. Les sources présentent deux sortes d'amendement, l'amendement d'armes et l'amendement de la parole. Le premier fait partie de la formule de présentation à la bataille et a trait aux améliorations à introduire dans l'armement après cette présentation[1]. Pour l'intelligence du second, il est nécessaire de connaître la situation légale des auxiliaires en question, savoir les conseils et les prolocuteurs.

2. *Conseils.*

La prudence commandait de ne pas soutenir seul un procès de quelque importance. De là l'usage général de se munir d'auxiliaires dont l'expérience et la circonspection devaient venir en aide dans les moments décisifs. Pendant que la partie parlait et agissait, ils lui insinuaient leurs instructions et leurs avis. Dans les occasions où ce genre de communication ne pouvait suffire, elle sollicitait et obtenait du juge l'autorisation de se retirer à l'écart pour s'entretenir avec son auxiliaire, après quoi elle pouvait procéder avec plus de sécurité; car dans ces entretiens on entend *les bonnes opinions et subtiles choses et illeques connoist l'en les sages*[2].

Ces auxiliaires pris collectivement sont désignés dans les sources sous la dénomination de Conseil, Consel. Chacun d'eux pris individuellement est dénommé de même, ou bien encore sous le nom de *Conseillier*[3]. On désigne enfin sous le

« Mais dans tous les cas il doit dire : Il me plaît bien que vous parliez sans « vous écarter des usages et (!) pourvu que vous ne disiez rien d'offensant « aux échevins ni à d'autres. » Cette interprétation est inexacte. La partie ne demande pas l'autorisation de parler elle-même, car elle en avait le droit (V. Roisin, 25, n° 11), mais bien un congiet de parler sans entrepresure. Ce congiet est mis en opposition avec l'obligation de parler par loy. C'est ainsi qu'en 1351 et en vertu de l'ordonnance de 1350 le formalisme du serment est aboli à Lille et que par suite il est déclaré que les parties peuvent jurer sans aucune entrepresure (Roisin, 35).

[1] V. le fragment de la Coutume d'Amiens dans Du Cange, II, 67e et la formule de présentation dans Beaumanoir, LXIV, 5.

[2] *Très anc. coutume de Bretagne*, ch. 6.

[3] V. Beaumanoir, V, 21. — *Très ancienne coutume de Bretagne*, ch. 263. — Varin, *Archives législatives de la ville de Reims*, statuts, I, p. XII.

Digitized by Google

nom de *conseil*, et l'entretien où s'éclaire ainsi la partie et l'avis qu'elle y reçoit.

Si la partie n'est pas en position de se procurer elle-même des conseils, le juge est obligé, sur sa demande, de lui en désigner, même parmi les hommes de justice. Tel est le sujet des rimes suivantes :

Amis quant tu as à plaidier
Et tu n'as qui te vœille aidier
Ton jugeour conseil demande
La loi du droit si le commande [1].

Cette mesure paraît d'abord n'avoir été prise qu'en faveur des veuves et des orphelins et des *homines minus potentes* [2]. Les subtilités croissantes du formalisme en ont amené l'extension. Dans les tribunaux composés d'hommes liges, l'assistance d'une partie dépourvue de conseil était un devoir dérivant de la foi due au seigneur justicier. Si la partie avait demandé nominativement un des hommes de la Cour, le seigneur pouvait le contraindre à accepter cette mission; il le devait même lorsque cet homme relevait de sa juridiction féodale. D'après les assises de Jérusalem, celui qui refuse conseil dans les cas où ce devoir lui incombe est exclu de la chevalerie, incapable de rendre témoignage parce qu'il ne peut plus saluer un chevalier pour la bataille; son fief fait retour et de sa personne il est traité en *home desleaus* [3].

Dans bien des localités, l'usage s'introduisit de demander expressément pour conseils des hommes de la Cour. La

[1] Cato Vernaculus MS., Du Cange, gl. II, 552ᵃ, v. *Consilium*. Comp. Beaumanoir, V, 19 : Se partie me requiert que je li baille conseil par le sien comme cil qui n'en pot point avoir por le doute de chelui à qui il plede ou por doute d'estre malvesement paiés et je commant à l'avocas qu'il voist à son conseil, il doit obéir au commandement. A Lille, la Cour, sans y être provoquée, en fait l'offre à la partie : Jou vos offre consel et amparlier... (Roisin, 22, n° 2; 23, n° 6.)

[2] § 3, Cap. ad legg. add., 817, Pertz, 211 : « De viduis et pupillis et pauperibus... Si legem nescierint, comes illos vel illas adjuvet dando eis talem hominem qui rationem eorum teneat vel pro eis loquatur. »

[3] *Livre au Roi*, ch. 24, dans Beugnot, I, 622. Il en était autrement à Saint-Dizier, art. 187, des Raisons : ...Les échevins de cette ville ayant consulté ceux de la ville d'Ypres pour savoir si un échevin qui sans la permission du bailli s'est levé pour assister un ami comme conseil a encouru l'amende, la réponse a été négative, mais : eschevin ont ordeney que il ne conseilleront nulle partie en plaine vierscare fors veves et orphenins.

Digitized by Google

partie y voyait un double avantage. D'une part, elle devait rencontrer en eux une connaissance spéciale des formalités et finesses de la procédure; d'autre part, elle pouvait espérer qu'ils lui seraient favorables lorsqu'il s'agirait de rendre jugement[1].

La demande de conseil devait être formée dès le début du procès; autrement l'adversaire pouvait s'opposer à ce qu'il y fût obtempéré[2].

La très-ancienne coutume de Bretagne interdit de donner conseil à celui qui a été saisi en flagrant délit ou en possession de la chose volée. Si quelqu'un veut de son plein gré l'assister comme conseil ou prolocuteur, il n'y est admis qu'à la condition d'affirmer par serment qu'il est convaincu de l'innocence du défendeur[3].

Le nombre des conseils qu'on peut obtenir de la Cour varie selon les coutumes. D'après les Assises de la Haute Cour de Jérusalem, il est régulièrement de deux. La très-ancienne coutume de Bretagne permet d'en réclamer quatre pris parmi les juges. Le droit français de l'Orient expose fort en détail les règles relatives au choix du conseil. Nous nous abstiendrons de les reproduire.

Les nombreux écueils semés autour du témoin par le for-

[1] Le conseil de la partie n'était pas, en cette qualité, exclu du jugement de l'affaire (Jean d'Ibelin, ch. 28; *Abrégé*, p. II, ch. 40). Toutefois on en vint à abolir partout ce cumul qui exposait trop l'impartialité du juge. Dans Beaumanoir, LXVII, 17, le droit pour une partie de récuser le conseil de son adversaire apparaît comme une innovation encore contestée : « ...Et l'une des resons (de debouter jugeurs) si est, s'il a esté au conseil de l'autre partie parce que donteuze coze est que on ne jugo pas volentiers contre ce que on a conseillié; ne porquant nostre home de Clermont dient que il puent bien estre au conseil de l'une partie et après estre au jugement. » Beaumanoir repousse cette dernière prétention et ajoute que, comme bailli, il n'a jamais souffert ce cumul contre le gré de l'une des parties. Les hommes de Clermont défendaient dans cette question le droit consacré en leur faveur par un antique usage, encore bien qu'il ne fût plus en rapport avec les changements apportés à la procédure; le bailli, au contraire, fidèle à son rôle, entrait résolûment dans la voie tracée par la procédure nouvelle. — A Lille, en 1341, il fut interdit aux conseilliers et prolocuteurs de reprendre leurs siéges comme échevins; car presumptions vehemente est que uns ou cascuns vauroit jugier pour la partie qu'il averoit consilliet (Roisin, 364. Cf. *Ass. Norm.*, Warnkönig, II, 49).

[2] Jean d'Ibelin, ch. 16.

[3] *Très ancienne coutume de Bretagne*, ch. 18, 237.

Digitized by Google

malisme lui rendaient l'assistance de conseils aussi nécessaire qu'à la partie. Aussi, d'après les Assises de la Haute Cour, était-ce également un devoir pour les juges de pourvoir de conseils les témoins amenés à leur barre.

Jusqu'ici, nous n'avons vu les conseils exercer qu'une influence indirecte sur la marche de la procédure. D'après le droit français, ils peuvent intervenir directement dans le débat. Sous certaines conditions, ils peuvent prendre à haute voix la parole pour rectifier et compléter le langage de l'orateur. Le cas se présente si l'orateur s'exprime par *amendement du conseil.* C'est précisément cette partie active du ministère du conseil qui lui imprime le caractère d'un institut de droit, tandis que dans la procédure saxonne les aides et assistants n'ont absolument qu'une importance et une utilité de fait. Nous entrerons dans plus de détails à propos de l'*amendement de la parole.* HECQUET DE ROQUEMONT.

(*La fin prochainement.*)

BIBLIOGRAPHIE.

EXPLICATION DE LA LOI DU 23 AOUT 1871 SUR L'ENREGISTREMENT ET LE TIMBRE.

Par M. G. Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris [1].

Compte rendu par M. Lyon-Caen, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Les désastres de la guerre contre l'Allemagne ont imposé à la France les plus lourdes charges et ont obligé le gouvernement et l'Assemblée nationale à créer de nouvelles resources financières. Dans ce but, des lois récentes très-nombreuses [2] ont apporté de notables modifications à notre législation sur le timbre et l'enregistrement.

[1] Paris, Cotillon et fils, libraires du Conseil d'État, 24, rue Soufflot. 1872. Prix : 4 francs.

[2] Loi du 23 août 1871 ; loi du 16 septembre 1871 ; loi du 28 février 1872 ; loi du 31 mars 1872 (cette dernière loi n'a pas encore été promulguée). Les lois portent non pas la date de leur promulgation par le Président de la République, mais celle du dernier vote ou du vote unique de l'Assemblée nationale. (Voy. Demante, pages 2 et 3, n° 3.)

Digitized by Google

La principale de ces lois est celle du 23 août 1871. C'est d'elle que M. Demante a eu l'excellente idée de nous fournir le commentaire. Son ouvrage est une sorte de supplément destiné à mettre au courant des innovations législatives un traité du même savant auteur devenu pour ainsi dire classique en ces matières, *l'Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement.*

La loi nouvelle contient un grand nombre de dispositions se rapportant à des objets assez divers, aux valeurs mobilières étrangères, aux actes d'ouverture de crédit, aux assurances maritimes et contre l'incendie, aux baux, aux dissimulations dans les prix de vente, au droit de timbre sur les quittances, etc... Mais ces dispositions si diverses par leurs objets ont toutes un des trois buts suivants : 1° la création de droits nouveaux (droit d'enregistrement sur les locations verbales, droit de timbre sur les quittances, etc...); 2° l'augmentation des droits déjà existants (double décime); 3° l'aggravation des peines édictées contre les fraudes commises en matière d'enregistrement.

L'ouvrage est divisé en sept chapitres précédés d'un chapitre préliminaire qui détermine le caractère et l'esprit de la loi nouvelle. Chacun d'eux correspond à un ordre différent de dispositions.

Comme il s'agit ici d'une loi récente, les questions controversées qu'elle a soulevées ne sont pas nombreuses; mais en revanche l'étude des travaux préparatoires ou des commentaires officiels présente un intérêt tout particulier pour la solution des difficultés qui pourront naître dans l'avenir. Aussi M. Demante a pris le soin de transcrire à la suite de chaque article d'une façon synoptique, d'un côté le projet du gouvernement et l'exposé des motifs de ce projet, de l'autre le projet de la commission de l'Assemblée nationale et son rapport. En outre ces documents sont suivis de l'instruction du Directeur général de l'enregistrement (25 août 1871) sur l'exécution de la loi. Enfin des extraits de la discussion sont cités, quand ils sont utiles pour l'explication des textes ou qu'ils touchent à quelque question législative importante.

D'ailleurs en général le savant auteur a suivi la même méthode pour le commentaire que dans ses *Principes de l'enregistrement*. Tout en donnant l'explication la plus complète et

Digitized by Google

la plus lucide des dispositions de la loi nouvelle considérées en elles-mêmes, il s'est toujours attaché à les relier aux principes du droit civil et à montrer parfois les arguments qu'on peut en tirer pour résoudre des questions controversées dans cette partie de la législation. (Voy. notamment n° 40, p. 42, argument tiré de la loi nouvelle pour la fixation du rang de l'hypothèque consentie pour sûreté d'une ouverture de crédit.)

Inutile de dire que les doctrines de l'auteur de l'*Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement* sont toujours de l'exactidude la plus parfaite. Cependant nous devons signaler une petite erreur qui lui est échappée.

L'article 11, § 7, de la loi nouvelle abroge l'article 69, § 2, de la loi de frimaire selon lequel « étaient considérées, au « point de vue de la perception du droit d'enregistrement, « comme baux de neuf années ceux faits pour trois, six ou « neuf ans. » En outre elle décide dans le même article que « si le bail est de plus de trois ans et si les parties le requiè- « rent, le montant du droit pourra être fractionné en autant « de payements égaux *qu'il y aura de périodes triennales* dans « la durée du bail. » Selon M. Demante, le fractionnement triennal n'est admis que pour les baux à périodes et non pas pour les baux d'une durée fixe ; et il dit qu'on aurait pu, puisqu'on était en voie de réforme, l'autoriser pour les baux de la dernière espèce.

C'est précisément là ce qu'on a fait. Rien dans la loi nouvelle n'indique que la faculté de faire le fractionnement triennal soit restreinte aux baux à périodes. L'article 11 est au contraire conçu dans les termes les plus généraux, et le directeur de l'enregistrement lui a attribué aussi un sens absolu dans son instruction générale. (Voy. dans l'ouvrage même de M. Demante, page 101, dern. alin. et page 102.)

Nous espérons que M. Demante nous donnera prochainement l'explication des autres lois nouvelles sur l'enregistrement, principalement de celle du 28 février 1872 qui a consacré de très-importantes innovations, surtout en créant une nouvelle sorte de droits, *les droits fixes gradués* qui tiennent le milieu entre les droits proportionnels et les droits fixes, et en dérogeant à d'anciennes règles spéciales à l'enregistrement des lettres de change.

Digitized by Google

Dans l'intérêt de la science aussi bien que dans celui des praticiens, il importe que M. Demante donne une explication complète de notre législation sur l'enregistrement.

CH. LYON-CAEN.

DE LA CONDITION JURIDIQUE DE L'ÉPOUX SURVIVANT,

AU POINT DE VUE DES DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX ET DE LA SUCCESSION *AB INTESTAT*.

Par M. André MORILLOT.

Compte rendu par M. Corentin GUYHO,
docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

M. André Morillot, licencié ès lettres, docteur en droit et avocat à la Cour de Paris, a publié récemment un livre intitulé : *De la condition juridique de l'époux survivant*[1]. Cet ouvrage important prouve des études approfondies : l'auteur s'est évidemment imprégné du sérieux allemand, sans pour cela qu'il ait perdu la clarté française. Les recherches sont complètes, l'exposition large, le style net, le ton grave. A peine peut-on remarquer, si l'on veut être sévère, quelques dissonances, quelques affirmations un peu tranchantes, un certain abus de la logique, de l'X juridique, s'il m'est permis de parler ainsi; ce sont là des défauts de jeunesse, mais d'une jeunesse qui promet beaucoup et commence à tenir dans une large mesure. Le jeune docteur n'est déjà plus un élève ; il a revêtu la robe prétexte du jurisconsulte. Il a su faire preuve d'originalité sans tomber dans le paradoxe. Il s'est plusieurs fois détaché de ses maîtres pour présenter des théories personnelles. Quand il a admis leur doctrine, il leur a donné une adhésion motivée, présentant des arguments nouveaux ou modifiant ceux qui avaient été déjà produits; en un mot, il est impossible de lire ce livre sans en emporter des connaissances utiles pour soi-même et un fond d'estime pour l'auteur.

Le cadre de cette étude ne nous permet aucune discussion approfondie sur les questions controversables et controver-

[1] Cotillon et fils, 24, rue Soufflot, 1872, in-8°. Prix : 7 francs.

Digitized by Google

sées que traite l'ouvrage de M. André Morillot. Nous nous bornerons à en faire une rapide analyse, et à indiquer sommairement quelques solutions et quelques arguments.

Le livre contient quatre parties : I Droit romain; II Droit français ancien; III Droit français intermédiaire; IV. Droit français moderne. La première et la quatrième partie, le Droit romain et le Droit français moderne, occupent de beaucoup la place la plus importante. Même la partie romaine, à considérer cette étude, non comme une thèse, mais comme un livre, et un livre destiné à sortir du monde spécial de l'école, fait un peu longueur, et M. André Morillot dans une deuxième édition, seconde édition qui deviendra nécessaire, j'en suis certain, fera bien d'y pratiquer quelques coupures.

DROIT ROMAIN.

Le sujet est divisé en trois livres : 1° de l'influence du mariage sur les diverses libéralités : d'un côté sur les donations entre-vifs; de l'autre sur les institutions d'héritiers, legs, etc.; 2° de l'influence du mariage sur les droits successoraux; 3° de l'influence du convol de l'époux survivant, tant sur les avantages à lui conférés par le prédécédé que sur ceux qu'il pourrait conférer à son nouveau conjoint ou recevoir de lui.

Parlant d'abord des donations entre-vifs, M. André Morillot a suivi la condition des époux depuis les rigueurs des mœurs primitives, à travers les adoucissements de l'édit du préteur, jusqu'aux concessions impériales. Les donations furent d'abord prohibées d'une manière absolue, pour qu'une union toute morale ne pût dégénérer en une association pécuniaire, et pour qu'un des conjoints ne pût être obligé d'acheter au prix de libéralités la continuation et la paix du ménage. Certaines donations, *mortis*, *exilii*, *divortii causa*, furent plus tard autorisées par le préteur, c'est-à-dire déclarées susceptibles de confirmation par le silence du donateur prolongé jusqu'à la mort. Enfin, un sénatus-consulte rendu en l'an 206, après J.-C., assimila toutes les donations entre époux aux donations déjà licites. Mais à partir de Justinien, ces donations, au-dessus de 500 *solidi* durent, à peine de nullité, être *insinuées*. Telles sont les conclusions auxquelles arrive l'auteur

Digitized by Google

en examinant le sénatus-consulte de l'an 206 dans ses rapports avec la législation antérieure, c'est-à-dire avec la loi *Cincia*, et avec la législation postérieure, c'est-à-dire avec l'édit de Justinien.

On sait que le droit romain attribuait à l'époux, en dehors de toute donation et de toute disposition testamentaire, certains gains de survie. Les novelles 53 et 117 notamment, avaient établi la *quarte* du conjoint pauvre, ou plutôt de la femme non dotée. Il s'agissait de savoir si la femme était propriétaire de la quarte, sauf à être obligée de conserver la propriété à ses enfants, ou si elle n'avait que l'usufruit, la propriété restant aux enfants. M. Morillot a rétabli le vrai sens de la nov. 117, altéré par l'Allemand Lœhr.

DROIT FRANÇAIS.

Après avoir donné quelques détails sur le *douaire coutumier* et l'*édit de secondes noces*, M. Morillot concentre son attention sur les articles 1091 à 1100 C. civ. Cette partie est divisée en quatre livres : I de l'influence du mariage sur les donations ou les legs que le prédécédé a pu faire au survivant; II de l'influence du convol sur les donations ou les legs que l'époux remarié peut faire à son nouveau conjoint; III de la théorie du cumul du disponible entre époux avec le disponible ordinaire, ou du conflit des articles 1094 et 1098 avec les articles 913 et 917; IV des droits de succession *ab intestat* qui appartiennent au conjoint survivant. — Nous ne voulons signaler ici que deux théories qui ne manquent ni de vraisemblance, ni surtout de nouveauté.

I. L'auteur soutient d'abord d'une manière générale que les donations *entre époux*, pendant le mariage, même portant sur des biens *à venir*, ne sont jamais caduques par le prédécès du donataire, à raison de leur caractère contractuel. Du moment, suivant lui, où l'on ne peut nier que la donation entre époux, même de biens *à venir*, confère des droits actuels, ces droits doivent être transmissibles aux héritiers, puisque aucune disposition expresse ne vient déroger au droit commun.

II. Comparant ensuite le disponible ordinaire de l'article 913 et le disponible spécial de l'article 1094, M. Morillot

Digitized by Google

soutient que le disponible ordinaire ne contient qu'un seul élément, élément de propriété auquel les héritiers, en vertu de l'article 917, peuvent toujours ramener la donation ou le legs. Au contraire, il croit trouver dans le disponible spécial de l'époux deux éléments : un élément de propriété, élément ordinaire et principal; un élément d'usufruit, élément spécial et accessoire. — L'un des disponibles est simple; l'autre est mixte.

Ce point posé, l'auteur arrive à la question de savoir si l'époux peut donner à un étranger le disponible ordinaire des articles 913 et 917 et en outre à son conjoint le disponible spécial des articles 1094 et 1098. Il n'admet pas le cumul *absolu* entre des disponibles en partie semblables; quant au cumul *partiel*, il en pose les règles qu'il tire du caractère par lui attribué au crédit spécial de l'époux. Ces règles sont au nombre de quatre : 1° l'élément d'usufruit, ne pouvant s'imputer sur le disponible ordinaire, se cumule avec lui; 2° l'époux ne peut passer à l'élément secondaire d'usufruit qu'après avoir épuisé l'élément principal, au moins en usufruit; 3° l'enfant ou l'étranger ne peut jamais rien prendre sur le crédit spécial, ni profiter, même indirectement, de son existence; 4° l'un quelconque des donataires ne peut jamais, par suite du cumul, recevoir plus que ce que la loi lui assigne. — M. Morillot reconnaît que son système amène à entamer la réserve, le plus fort disponible pouvant être dépassé lorsque la donation à l'étranger précède celle faite à l'époux; mais il invoque d'autres diminutions de la réserve prévues expressément par la loi, et dans des cas plus favorables. — Quand, au contraire, la donation à l'époux est la première en date, il n'admet pas avec la Cour de cassation que, pour annuler la donation faite ensuite à l'étranger, une moitié d'usufruit soit transformée même fictivement, en un quart de pleine propriété.

Je n'ai pas à insister sur les critiques si justes qu'en finissant l'auteur a dirigées contre le système de la loi, en ce qui concerne les droits successoraux de l'époux survivant. Ces vices ont été signalés par tous les jurisconsultes. Je ne puis encore une fois que recommander à l'attention du public un livre dont on a pu deviner les sérieux mérites à travers la sécheresse d'un résumé nécessairement incomplet.

CORENTIN GUYHO.

Digitized by Google

DE LA PROCÉDURE CIVILE ET DES ACTIONS CHEZ LES ROMAINS,

Par DE KELLER.

Ouvrage traduit de l'allemand et précédé d'une introduction par Charles CAPMAS, professeur à la Faculté de droit de Dijon[1].

Compte rendu par M. Louis RENAULT, Agrégé à la Faculté de droit de Dijon, chargé d'un cours de droit romain.

Je viens bien tard parler de ce livre qui a paru au mois de juillet 1870, mais il n'y avait guère de place pour les études sérieuses dans les temps tristement agités que nous avons traversés depuis. Aujourd'hui que le calme nous est rendu, la science reprend tous ses droits et elle doit même être cultivée dans toutes ses branches avec plus d'ardeur que jamais. Les terribles événements qui nous ont frappés n'ont-ils pas montré entre autres choses que les hautes études avaient été trop négligées chez nous, et qu'en laissant de côté la théorie sous prétexte de mieux connaître la pratique, on était arrivé quelquefois à ignorer l'une et l'autre. Pour nous en tenir à ce qui est de notre compétence, disons qu'une scission fâcheuse semble s'être opérée entre les jurisconsultes qui traitent le droit comme une science, et les hommes, magistrats ou avocats, qui sont chargés de l'appliquer : trop souvent, pour ceux-ci, l'étude des précédents remplace tout le reste, ils laissent de côté les principes généraux, le raisonnement scientifique pour se borner à citer tel ou tel arrêt. Avec une pareille méthode, on en arriverait à quelque chose d'analogue à la législation des rescrits sous le Bas-Empire. Il est temps de réagir contre une pareille tendance, de remonter aux sources, d'étudier les textes, de les éclairer par l'histoire et la philosophie et d'en dégager les règles qui permettent de résoudre les cas particuliers. La jurisprudence mérite sans doute l'attention du jurisconsulte, mais elle ne doit pas être acceptée par lui aveuglément.

Qu'on me pardonne cette digression assez naturellement amenée par la nature de l'ouvrage dont je vais m'occuper ; est-ce qu'aujourd'hui plus que jamais, il n'est pas de mode,

[1] Un volume in-8°, chez Thorin.

Digitized by Google

parmi les gens réputés *pratiques*, de décrier l'étude du droit romain, et de demander ironiquement si nous sommes régis par la loi des XII tables ou par le Code civil? Disons-le bien haut : tant qu'il y aura une science du droit, tant qu'il y aura des jurisconsultes et non pas seulement des praticiens, le droit romain demeurera la base la plus solide des études juridiques. Sans doute il ne faut pas le traiter comme s'il était encore en vigueur, attacher trop d'importance aux détails et aux conciliations de textes, il faut le considérer au point de vue historique et philosophique, mais l'étudier sérieusement, se pénétrer de son esprit, pour se former le sens juridique d'abord et ensuite pour connaître l'origine d'un grand nombre de dispositions de nos Codes. L'ouvrage de Keller, traduit par M. Capmas et indiqué en tête de cet article, facilite merveilleusement cette étude pour une matière considérable, celle des actions.

Dans toutes les législations, la procédure occupe une place importante et cela s'explique aisément : il ne servirait à rien, ou du moins à peu de chose, d'avoir un droit, si on ne pouvait le faire respecter quand il est méconnu. Le but de la procédure est d'indiquer, pour un cas donné, l'autorité compétente, la forme suivant laquelle elle est saisie et enfin les moyens de faire exécuter sa décision. Quand un litige naissait chez les Romains, il y avait, comme on sait, une question préalable à trancher, et la plus importante, celle de savoir si on pouvait s'adresser à la justice; il ne suffisait pas d'avoir un droit, il fallait que celui-ci eût été expressément sanctionné; c'est un côté original, mais défectueux de la législation romaine. Cette question est en dehors du livre de Keller, elle ne rentre pas dans la procédure, mais dans l'étude de chaque matière du droit en particulier. Keller suppose, et je vais supposer avec lui, que le droit d'agir en justice est reconnu, que l'existence d'une *action* n'est pas contestée, et il recherche de quelle manière s'exerce cette action. Il s'agit en apparence de simples règles de procédure, de pures formalités, mais elles ont exercé une grande influence sur le fond même du droit.

Dans une excellente introduction où les idées les plus justes sont exprimées dans un style clair et précis, M. Capmas a fait judicieusement ressortir les mérites de son auteur.

Digitized by Google

Après lui, je tâcherai de donner une idée sommaire, mais exacte, de cet ouvrage.

Il débute par quelques notions essentielles sur l'administration de la justice et sur cette division du procès en deux phases (*jus* et *judicium*) qui, jusqu'à Dioclétien, est la base de toute la procédure judiciaire. D'où vient cette distinction ingénieuse qui avait surtout l'avantage d'associer dans une mesure raisonnable les citoyens au pouvoir judiciaire? Est-elle due à la nécessité ou à une pensée politique? A-t-elle été établie, parce qu'autrement un seul magistrat n'aurait pu connaître de tous les procès? ou a-t-on craint l'influence excessive que n'aurait pas manqué d'avoir l'homme chargé d'examiner et de terminer tous les différends des citoyens? On ne peut que faire des conjectures, mais il serait intéressant de savoir quelles sont à ce sujet les idées de jurisconsultes aussi sagaces que l'auteur allemand et son traducteur.

Quand on a un procès, on se demande d'abord à qui on doit s'adresser; aussi dans son chapitre 1, Keller indique-t-il les divers magistrats chargés de rendre la justice, le lieu et le temps où ils la rendent, les tribunaux permanents et les citoyens appelés à terminer l'instance organisée par les soins des premiers; ce chapitre est court, mais n'omet rien d'essentiel.

L'autorité compétente une fois déterminée, de quelle manière est-elle saisie de la connaissance du litige? Tel est l'objet du second chapitre, le plus important de l'ouvrage, dont il forme environ le tiers. Il contient l'exposé du système des actions de la loi et du système formulaire, dont la connaissance exacte est indispensable pour l'intelligence du droit classique. Malgré la découverte de Gaïus, il reste en cette matière bien des points ignorés ou obscurs, et par suite une large part est donnée aux conjectures. Keller en est très-sobre, il précise soigneusement ce qui est connu avant de passer à l'inconnu, il indique ses sources, ses arguments. Par sa méthode sûre, par l'emploi judicieux de tous les documents juridiques ou littéraires, par sa clarté merveilleuse, il arrive, dans les questions les plus obscures et les plus délicates, à faire accepter ses opinions, sinon comme certaines, du moins comme très-vraisemblables. Ainsi nulle part la transition des *legis actiones* aux *formulæ* n'est mieux exposée;

Digitized by Google

je renvoie surtout aux §§ 23-28 où l'on voit naître les premières formules, le procédé si ingénieux de la *sponsio* qui permet de faire trancher par le juge une question quelconque: puis cette forme se développe, elle se prête facilement aux modifications exigées par la diversité des affaires, elle fournit au Préteur le moyen de corriger les règles existantes et d'en introduire de nouvelles; le rôle du magistrat, assez effacé dans le système primitif, grandit dans le nouveau. Avec les explications de Keller, on se rend parfaitement compte de l'origine et du développement de ce *jus honorarium* qui a eu une si grande et si heureuse influence sur la législation romaine. Si on ne connaît pas dans ses détails le mécanisme du système formulaire, l'intervention du Préteur dans le domaine législatif semble étrange et même monstrueuse.

Le chapitre 3 traite de la marche de la procédure qui est à peu près la même dans les deux systèmes: j'y noterai les §§ 59-62 consacrés à la *litis contestatio* dont les effets sont si importants. Keller avait une compétence spéciale pour en parler, puisque son premier ouvrage fut un traité de la *litis contestatio*.

Le chapitre 4 est consacré à la *cognitio extraordinaria*. Dans son sens large, elle comprend tous les cas dans lesquels le magistrat est appelé à prendre une décision quelconque, ainsi notamment les *prætoriæ stipulationes*, les *missiones in bona*, la *restitutio in integrum*, les *interdicta*. Dans un sens plus restreint et plus habituel, elle désigne les cas dans lesquels le magistrat termine lui-même un procès ordinaire sans le renvoyer devant un juge. Cette *cognitio extraordinaria*, qui exista toujours, prit peu à peu une grande extension à mesure que les citoyens furent écartés des affaires publiques et que les magistrats devinrent des fonctionnaires. Cette extension est bien indiquée par Keller, nous lui reprocherons seulement d'être un peu bref sur la procédure en vigueur dans le dernier état du droit romain.

La décision une fois rendue est-elle définitive? Peut-elle être attaquée et par quels moyens? Quand elle est irrévocable, comment est-elle mise à exécution? Tels sont les objets traités dans le chapitre 5. Enfin le sixième et dernier chapitre indique les principales divisions des actions.

Ainsi les diverses parties du sujet sont tour à tour expo-

Digitized by Google

sées dans l'ordre le plus clair et le plus naturel; le lecteur suit sans peine le procès depuis son début jusqu'à son résultat définitif. Quant à la méthode suivie par l'auteur pour chaque matière, c'est celle qu'affectionnent en général les auteurs allemands et dont le cours de droit civil de MM. Aubry et Rau est chez nous la meilleure application. Le texte contient le système de l'auteur, tandis que les preuves à l'appui, la discussion des opinions opposées, les questions de détail sont renvoyées aux notes. Ce n'est pas ici le lieu de discuter les avantages et les inconvénients de ce système; constatons seulement que l'auteur en a tiré le meilleur parti possible. Le texte est d'une netteté assez rare chez les jurisconsultes allemands, il permet de suivre facilement le cours des idées, tandis que les notes courtes, mais substantielles, l'éclairent, le complètent. Ce volume contient plus de choses qu'on ne pourrait le croire à une lecture superficielle, il faut l'étudier avec soin, en peser tous les mots, utiliser les citations nombreuses des ouvrages des jurisconsultes ou des littérateurs. J'en parle par expérience; plus on lit ce livre, plus on le pratique, pourrais-je dire, plus on y trouve de notions utiles, d'idées neuves et ingénieuses.

Quand on compare les documents morcelés et incomplets que nous a transmis l'antiquité sur le droit romain, avec la théorie complète, précise dans son ensemble bien qu'hésitante sur quelques détails, que nous possédons aujourd'hui, on ne peut s'empêcher d'admirer les efforts qui ont été nécessaires pour rassembler ces débris, mettre de l'ordre dans ce désordre et former un édifice harmonieux de tant de matériaux si divers. Cela est surtout vrai de la procédure, qui avait subi de profondes modifications; il a fallu tout recueillir, non-seulement les textes épars dans les compilations de Justinien, mais les renseignements fournis par les historiens, les orateurs, les moralistes et même les poètes. Chacun a apporté et apporte encore son tribut à cette œuvre patiente. Celui de Keller est des plus importants : il a enrichi la science de nombre d'aperçus nouveaux, il a rectifié des inexactitudes échappées aux plus grands de ses devanciers. Ainsi, il relève justement Savigny sur la distinction des *judicia* et des *arbitria*. Mais je le trouve surtout remarquable par la mise en œuvre, par la méthode nette et précise avec laquelle il a

Digitized by Google

su coordonner tant de notions diverses pour les présenter dans tout leur jour. Il a le mérite, trop rare chez les romanistes, d'avoir l'esprit pratique : je veux dire par là qu'il ne se préoccupe pas seulement de la logique pure qui peut mener à l'excessive subtilité, il se demande comment les choses ont pu et dû se passer ; il fait descendre les théories des hauteurs de l'abstraction et les soumet au contrôle de la pratique. C'est bon en toute matière, mais surtout en procédure. Une chose excellente dans cet ordre d'idées est la rédaction de nombreuses formules qu'il propose en s'appuyant toujours sur des documents positifs et qui font en quelque sorte fonctionner sous nos yeux ce système formulaire, si savant et en même temps si conforme aux besoins de la pratique, auquel, comme le fait remarquer M. Capmas, les modernes pourraient peut-être faire quelques emprunts.

Pour traduire un pareil ouvrage, il fallait savoir à la fois très-bien la langue allemande et le droit romain : M. Capmas réunissait au plus haut degré ces deux conditions et il a pu reproduire la pensée de l'auteur dans toute sa vérité ; il l'a rendue accessible à nos intelligences françaises, plus vives et moins patientes que celles de nos voisins ; il l'a éclaircie là où elle était équivoque et développée là où elle n'était pas assez indiquée. Il a complété et rectifié les nombreuses indications de textes contenues dans les notes; aussi la traduction est-elle presque d'un tiers plus considérable que l'ouvrage original. Elle est, pourrait-on dire, allemande et française à la fois ; le vêtement a changé, mais sous ce vêtement nouveau on voit l'allure de la pensée originale. Pouvons-nous en terminant faire autre chose qu'exprimer le vœu que M. Capmas publie sa traduction de l'histoire du droit romain de Walter ; ce qu'elle serait, nous en pouvons juger par celle de Keller.

LOUIS RENAULT.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

1023 — Paris. — Imprimerie CUSSET et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DU RÉMÉRÉ EXERCÉ PAR UN CESSIONNAIRE.

Par M. E. Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Les jurisconsultes romains ont usé d'une si habile et si heureuse liberté dans l'interprétation de leurs lois écrite que nous devrions nous inspirer de leur méthode. Nous avons, il est vrai, des Codes, c'est-à-dire des lois coordonnées qui règlent ou qui prétendent régler tous les rapports de droit. Le pouvoir législatif est confié à un corps politique dont l'autorité paraît exclusive et jalouse. Le magnifique développement que la coutume a donné au droit romain ne saurait être imité de nos jours; nous ne demandons pas que l'usage ait la puissance d'introduire des institutions nouvelles ou de changer les principes établis. Cette source de civilisation, les mœurs, la coutume, le sens juridique de la nation dont les jurisconsultes ont été les admirables organes, cette source est, ne disons pas tarie, mais fermée. Nous préférons à son ancienne fécondité l'avantage d'une promulgation certaine et d'une rédaction précise des règles à observer. Mais nous ne devons pas confondre avec le droit coutumier la jurisprudence qui avait pour base des lois écrites, des lois votées, qui respectait avec une fidélité scrupuleuse l'esprit de ces lois, l'intention du législateur, mais qui considérait toute disposition écrite et pour ainsi dire emprisonnée dans des mots comme un germe dont les ramifications et les fruits doivent se produire librement. A ce point de vue la volonté du législateur est obéie, non comme imposant à tous une abdication de la raison, non comme faisant surgir des créations arbitraires, mais comme étant un choix impératif, obligatoire entre les systèmes que la raison conçoit, entre les théories que la science élabore pour donner satisfaction aux divers besoins de l'homme, choix libre, mais exercé parmi ce que je demande la permission d'appeler les intelligibles du droit. Ce choix s'exprime d'une façon plus ou moins large, plus ou moins abstraite; ce choix et l'idée quelquefois étroite qui le traduit répondent dans la science à un ensemble d'i-

Digitized by Google

dées qui forment une théorie et qui sont toutes aussi autorisées par la loi que celle dont la loi contient la formule. Nous ne contestons pas la toute-puissance du législateur en ce sens que l'interprète qui peut critiquer dans la spéculation, doit, dans la vie pratique, se soumettre à sa volonté certaine. Nous soutenons seulement que dans presque tous les cas le législateur n'a pas d'autre volonté et doit être présumé n'avoir pas d'autre intention que celle d'opter contre les théories du droit, entre les systèmes d'idées que la raison conçoit ou découvre. Il ne les mutile pas, et si sa parole est étroite et sa prescription incomplète, c'est que la vue de l'homme dans un temps donné est bornée par l'horizon des faits qui le préoccupent. Des réflexions plus longues, plus attentives feront apparaître en son ensemble logique et dans son unité nécessaire l'édifice dont le législateur n'a peut-être aperçu qu'une face et qu'une partie.

Cette mission du jurisconsulte non plus fondateur du droit, *conditor juris*, mais interprète du droit établi, a été merveilleusement remplie par les Romains, et nous ne devons pas répudier leur exemple à cet égard parce que ce même peuple attribuait à la coutume une puissance que nous lui refusons.

Aussi toute méthode, toute règle d'interprétation qui réduirait le rôle du légiste à une simple analyse grammaticale du texte est fausse à notre avis, et le brocard *privilegia sunt strictissimæ interpretationis* lui-même ne doit pas enchaîner notre pensée dans le réseau d'un texte étroit ou incomplet au point de nous faire méconnaître les nécessités de la raison et de la justice.

On se récriera, et l'on soutiendra que les avantages de la codification sont perdus; plus de fixité dans la jurisprudence. Le progrès dans la découverte des idées solidaires de celles que le législateur a consacrées, c'est le changement; le changement, c'est l'incertitude. Dans les négociations des hommes et pour le succès des entreprises, le certain est encore plus nécessaire que la perfection du juste.

Cette objection ne nous touche pas, parce qu'elle ne nous paraît pas s'appuyer sur une réalité. Dans les questions qui semblent avoir échappé à la prévision du législateur, avons-nous la fixité? Non. Parmi les magistrats les uns s'asservissent

Digitized by Google

aux textes; les autres s'abandonnent à des subtilités pour éluder les textes (dans cette voie la divergence est inévitable); les autres négligent les textes pour obéir librement aux inspirations de la justice. Les arrêts s'entre-choquent, la jurisprudence oscille. L'inconvénient serait-il plus considérable, s'il était admis que la loi écrite doit toujours être combinée avec la raison pour arriver à la construction d'une théorie parfaite? Non, nous ne le croyons pas, et l'on ne pourrait pas reprocher à la codification d'avoir tué la science.

Ces réflexions nous sont suggérées par l'examen d'une difficulté pour la solution de laquelle nous voyons les tribunaux se jeter dans les raisonnements les plus téméraires afin d'échapper aux conséquences iniques d'une interprétation littérale de la loi.

Un immeuble a été vendu avec pacte de réméré. Des hypothèques judiciaires ont pris naissance du chef du vendeur depuis la vente conclue. Le droit au réméré est ensuite cédé à un tiers qui l'exerce. Les hypothèques du chef du vendeur grèvent-elles l'immeuble au détriment du cessionnaire qui a déboursé un prix pour résoudre le droit de l'acheteur? Le cessionnaire, exposé à l'action de ces créanciers hypothécaires, a-t-il sur l'immeuble un privilége jusqu'à concurrence du prix qu'il a déboursé?

Tout le monde aperçoit en quelque sorte d'instinct, ou par une intuition directe du juste, que les hypothèques nées du chef du vendeur à réméré ne doivent pas s'exercer sur l'immeuble au détriment du cessionnaire, sans l'argent duquel l'immeuble serait encore dans le domaine de l'acheteur. Comment arriver à ce résultat?

En reconnaissant au cessionnaire un privilége, un droit de préférence, lequel, confondu avec son droit de propriété jusqu'à ce qu'il soit évincé de la propriété par les créanciers hypothécaires, deviendrait efficace à l'encontre de ces derniers en cas d'expropriation. Cela est simple et aboutit à un résultat équitable. Le cessionnaire qui a exercé le rachat à ses dépens doit ou en avoir le profit ou tout au moins être rendu indemne; ou bien il aura la propriété, ou bien il obtiendra le remboursement de ce rachat infructueux pour lui à cause des hypothèques nées du vendeur. Ainsi le veut la justice, et certes le législateur n'a pas voulu le contraire.

Digitized by Google

Mais un privilége ne peut exister sans un texte. Où est le texte applicable à la situation du cessionnaire? Il n'y en a pas.

La situation de notre cessionnaire offre quelque analogie avec celle du tiers détenteur qui a fait une construction, une amélioration sur un immeuble hypothéqué. La loi est aussi muette à l'égard de ce dernier qu'à l'égard du premier. Mais la jurisprudence a essayé de venir au secours du tiers détenteur, qui ne doit pas plus que notre cessionnaire avoir déboursé son argent en pure perte pour lui, à l'avantage des créanciers hypothécaires de son auteur. Voyons si la même décision peut être étendue par analogie à l'hypothèse présente.

Des auteurs ont proposé d'accorder au tiers détenteur un droit de rétention. Un droit de rétention serait efficace si l'action hypothécaire tendait, comme en droit romain, à procurer la possession au créancier. Mais dans notre droit, le créancier hypothécaire laisse le tiers détenteur en possession; il se contente de mettre l'immeuble en vente et de provoquer les enchérisseurs. C'est l'adjudicataire qui voudra entrer en possession, et le tiers détenteur ne saurait opposer à celui-ci un droit de rétention à raison d'un démêlé qu'il a avec les créanciers. L'adjudicataire, en consignant le prix, se dégagerait de ce débat et ferait cesser tout obstacle à son entrée en possession. Le droit de rétention, inutile au tiers détenteur, le serait par la même raison au cessionnaire du droit de réméré[1].

La décision qui prévaut en doctrine et en jurisprudence reconnaît au tiers détenteur un droit de distraction ou de prélèvement sur le prix[2]. En l'absence d'un texte, cela est assez hardi; mais cette décision est dans la vérité des choses; elle est d'une équité nécessaire; elle comble rationnellement une lacune du Code. Elle offre en quelque sorte une application du procédé d'interprétation que nous croyons le meilleur. Nous l'approuvons sans hésiter. Mais notre cessionnaire peut-il s'en prévaloir? Non. Le tiers détenteur a, lui, ajouté une plus-value à l'immeuble. Il n'est tenu de soumettre à l'action hypothécaire que l'immeuble dans son état primitif; il a, à

[1] Voy. cependant M. Valette, *Priviléges et hypothèques*, p. 203.
[2] Voy. M. Pont, *Priviléges et hypothèques*, t. II, n° 1208.

Digitized by Google

plus forte raison qu'un possesseur de mauvaise foi, le *jus tollendi* s'il n'est indemnisé. Ce droit d'enlever, combiné avec la règle *malitiis non est indulgendum*, se convertit aisément en un droit de distraction sur le prix, distraction autorisée par une clause du cahier des charges.

La situation du cessionnaire qui a racheté n'est pas semblable. Il n'a pas créé de plus-value; le gage hypothécaire est dans son état primitif, le cessionnaire ne saurait pratiquer, ne saurait invoquer un *jus tollendi*. Les créanciers hypothécaires ne sont pas tenus de subir une distraction sur le prix, distraction qui ne répondrait à aucun retranchement possible sur la chose.

Un autre moyen de venir au secours du cessionnaire qui a opéré le rachat se présente à l'esprit. La loi, en parlant de rachat, suscite la pensée que l'acheteur, considéré comme auteur d'une revente, a un privilége pour assurer le remboursement du prix. Le cessionnaire ne peut-il pas être subrogé à ce privilége dont le fondement légal serait dans le secundo de l'article 2103 du Code civil?

Dans l'état actuel de la doctrine, cette planche de salut nous échappe. L'expression *rachat* est impropre; l'acheteur à réméré subit une résolution; il n'opère pas une revente. La loi s'explique sur la seule garantie qui lui appartienne pour le remboursement du prix: c'est la rétention de la chose (art. 1673). Tel est le sentiment presque unanime des auteurs. La Cour de cassation a consacré cette solution[1].

Il est impossible de ne pas être convaincu que si les opinions se sont si facilement inclinées devant la maxime: les priviléges sont de droit étroit, c'est que dans l'hypothèse, les rapports directs du vendeur et de l'acheteur à réméré étant seuls considérés, la rétention a paru une garantie suffisante, une satisfaction complète à l'idée de justice.

Cette solution dans laquelle s'accordaient si bien et une règle commode d'interprétation et les données du juste, a ruiné d'avance la base d'une subrogation, et lorsqu'il s'est rencontré que le rachat a été exercé par un cessionnaire, il n'était plus temps de revenir sur une discussion terminée.

En résumé le cessionnaire auteur du rachat n'a pas de droit de préférence de son chef, il ne peut être subrogé à aucun

[1] M. Pont, *op. cit.*, t. I, n° 189. — Cass., 26 avril 1827.

Digitized by Google

privilége opposable aux créanciers hypothécaires du vendeur à réméré, son cédant. Tel est le résultat auquel conduit une observation littérale de la loi.

Les tribunaux ne se sont pas résignés à laisser se consommer cette injustice, que le rachat exercé par un cessionnaire à ses dépens profitât sans restriction aux créanciers hypothécaires de son auteur. Plutôt que de sacrifier l'intérêt légitime du cessionnaire, ils ont mieux aimé refuser tout droit sur l'immeuble aux créanciers hypothécaires du vendeur à pacte de réméré. La Cour de cassation et plusieurs Cours d'appel se sont accordées dans la doctrine suivante d'une orthodoxie très-douteuse : la vente à réméré transfère à l'acheteur le *jus in re*, la propriété, et ne laisse au vendeur qu'un *jus ad rem*, une action[1]. Aucun arrêt, à notre connaissance, n'a qualifié cette action conservée par le vendeur d'action personnelle. Néanmoins le mot *action* n'a pas de sens dans ce système, ou il signifie action personnelle ; car si le vendeur avait une action réelle, il aurait une partie de la propriété, il aurait un *jus in re*. Dailleurs l'expression *jus ad rem* est très-claire ; elle est synonyme de droit de créance dans la langue des canonistes qui l'ont inventée. Pothier nous en présente une définition qui ne prête à aucune équivoque : « Le droit à la chose, ou *jus ad rem*, naît de l'obligation personnelle que quelqu'un a contractée envers nous de nous donner une chose ou quelque usage d'une chose. Cette obligation ne nous donne aucun droit dans la chose qui en fait l'objet ; elle oblige seulement envers nous la personne qui l'a contractée. » (*Intr. cout. d'Orl.*, n° 109.)

Il est certain que le vendeur est devenu créancier en vertu de la clause de réméré ; que l'acheteur est personnellement tenu à subir l'exécution de cette clause, comme il est personnellement tenu à exécuter le contrat principal. Mais le vendeur à réméré n'a-t-il qu'un droit de créance ? n'a-t-il pas retenu sur la chose un *jus in re?* Les dispositions du Code civil fournissent une réponse très-nette. Aux termes de l'article 1662, la propriété de l'acheteur est révocable, résoluble aussi longtemps que le délai du réméré n'est pas expiré. Aux

[1] Cass., 21 décembre 1825; Bordeaux, 5 janvier 1833 (S., 1833, 2, 188); Grenoble, 17 février 1849 (S., 1849, 2, 544).

Digitized by Google

termes de l'article 1674, le vendeur peut exercer son droit et son action contre un second acquéreur, un ayant cause à titre particulier de l'acheteur à pacte de rachat, un tiers par conséquent à l'égard du contrat de vente, quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat. D'après l'article 1673, le vendeur qui rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat, le reprend exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé. Si dans le délai du réméré l'acheteur n'a qu'une propriété résoluble, c'est que le vendeur est demeuré propriétaire sous condition suspensive. Toute condition résolutoire pour une partie contractante répond nécessairement à une condition suspensive pour une autre partie. Ce sont deux faces d'une même modalité. Toute propriété acquise sous condition résolutoire suppose une propriété retenue sous condition suspensive. Le vendeur à réméré est propriétaire sous la condition que dans le délai il exercera le droit de rachat. Le même événement qui fera considérer l'acheteur comme n'ayant jamais été propriétaire, fera considérer le vendeur comme n'ayant jamais cessé de l'être. L'effet rétroactif de la condition accomplie ou de la défaillance de la condition concentrera dans sa plénitude sur la tête d'une seule personne la propriété à laquelle *pendente conditione* deux personnes pouvaient prétendre. Aucune des deux, dans la période d'incertitude, n'a la propriété complète et perpétuelle; ce qui manque à l'une est inévitablement à l'autre comme un démembrement de la propriété. Sans doute l'exercice actuel du droit de propriété est abandonné ou confié à l'une des parties intéressées, au propriétaire sous condition résolutoire; le fait, l'usage ne peut pas se diviser comme le droit. Cela n'empêche pas que celui qui sera investi de la propriété par l'accomplissement de la condition, celui dont le droit est en suspens, n'ait, lui aussi, un *jus in re*, une action réelle, une participation au domaine. Donc le vendeur à réméré, lequel a retenu le droit de frapper de résolution la propriété imparfaite par lui concédée, a, indépendamment de la créance qui naît de tout contrat, un droit réel, un droit de propriété sous condition suspensive [1].

[1] Ainsi se combinent et s'expliquent les nos 388 et 395 du *Traité de la vente* de Pothier.

M. Valette, *Priviléges et hypothèques*, p. 202.

Digitized by Google

Arrivé à ce point, nous avons démontré par cela même la validité des hypothèques constituées par le vendeur à réméré ou nées de son chef. Il suffit de lire l'article 2125 du Code civil. Ceux qui ont sur un immeuble un droit de propriété suspendu par une condition peuvent consentir une hypothèque sous la même condition. Cette hypothèque a un sort aussi incertain que le droit du constituant; elle s'évanouira si la condition résolutoire défaille; elle deviendra ferme et stable, et affectera l'immeuble entier si la condition résolutoire s'accomplit.

Cette manière de voir, qui a obtenu le suffrage de presque tous les auteurs, rencontre pour adversaires MM. Aubry et Rau, et certes le nombre des adhérents n'est d'aucun poids pour lutter contre de tels contradicteurs.

MM. Aubry et Rau soutiennent : 1° que le vendeur à pacte de rachat ne conserve pas sur l'immeuble un droit de propriété sous condition suspensive; 2° que l'article 2125, quelle que soit la nature du droit du vendeur à pacte de rachat, ne lui permet pas de conférer des hypothèques [1].

Sur le premier point voici notre réponse: La propriété est le droit le plus complet que l'homme puisse avoir sur une chose; la propriété embrasse tous les avantages licites de la chose dans le présent et dans l'avenir; la propriété est de sa nature perpétuelle. L'acquéreur sous condition résolutoire a-t-il le droit le plus complet, le plus étendu qu'un homme puisse avoir? Non. A-t-il la certitude juridique de la perpétuité? Non. Donc il n'a pas la propriété pleine. Ce qu'il n'a pas, un autre l'a. C'est l'aliénateur qui ne s'est pas dépouillé d'une façon complète, qui a retenu un droit, une chance si vous le voulez. Mais se réservant une chance, un espoir de propriété, il n'a conféré aussi qu'une chance inverse; or une chance de propriété, un espoir de perpétuité, ce n'est pas la propriété dans sa plénitude. Si une chance de propriété ou la propriété soumise à une chance d'extinction est pour l'acquéreur moins que la propriété entière, c'est que la chance inverse subsistant au profit de l'aliénateur constitue un reste de propriété et empêche que celui-ci ne soit absolument désinvesti. Nous ne voyons pas comment échapper à ce dilemme.

[1] MM. Aubry et Rau d'après Zachariæ, § 209, texte, titre B et note 68; § 266 *a*, texte et note 13.

Digitized by Google

Que l'on n'objecte pas qu'une chance, une éventualité de propriété n'est pas un droit réel; car ce serait nier la propriété sous condition suspensive qui n'est jamais qu'une chance, une éventualité, un espoir, et qui certainement a tous les caractères d'un droit réel. La question ne porte pas sur l'existence abstraite de la propriété sous condition suspensive, mais sur l'existence d'un semblable droit au profit du vendeur à réméré.

La condition résolutoire dont l'acheteur à pacte de rachat est menacé, en s'accomplissant, rétroagit (art. 1673 du C. civ.). Donc une rétroactivité parallèle se produit au profit du vendeur. Si l'acheteur n'a jamais été propriétaire, le vendeur l'a été; il faut que la propriété ait résidé dans une personne. N'est-il pas très-vraisemblable que la rétroactivité, qui s'explique par la nature des conditions à l'égard de l'acheteur, se motive par le même principe à l'égard du vendeur? Donc le vendeur a un droit conditionnel, un droit suspendu dans l'attente de l'événement qui désinvestira l'acheteur.

Un autre raisonnement conduit au même résultat : le vendeur à pacte de rachat a certainement retenu un avantage; c'est pour cela qu'il a vendu moins cher qu'il ne l'aurait fait sans cette clause. L'avantage retenu est un droit de créance ou un droit réel. Si le vendeur peut se prévaloir de la clause de réméré contre les tiers, s'il peut la faire respecter par une action réelle, il a un droit réel. Or les articles 1664 et 1673 sont formels. Les tiers subissent l'effet de la clause. Donc la propriété est démembrée. Comme le vendeur aura le *jus utendi*, le *jus fruendi*, le *jus abutendi* sous la condition de rembourser le prix dans le délai, il a, non un élément fractionnaire de la propriété, mais la propriété sous condition suspensive.

Abordons la réfutation du second point, et développons d'abord l'argument que nous avons à combattre. Fût-il admis que le vendeur à réméré a une sorte de propriété sous condition suspensive, il ne découlerait pas qu'il pût hypothéquer. L'article 2125 parle uniquement de l'acquéreur sous condition suspensive, de l'acquéreur sous condition résolutoire. Fût-il admis que toute condition résolutoire répond implicitement à une condition suspensive pour l'autre partie, il n'en serait pas moins vrai que le législateur distingue la

Digitized by Google

condition résolutoire de la condition suspensive, suppose qu'elles se rencontrent alternativement dans les actes de l'homme; cela tient à ce que le législateur se place toujours au même point de vue, au point de vue de l'effet nouveau produit par le contrat, au point de vue de l'acquisition. Cet effet est-il résoluble ou suspendu? Il existe dans le premier cas une condition résolutoire, dans le second une condition suspensive. En d'autres termes, le législateur regarde toujours la face de la médaille, jamais le revers. Il s'ensuit que parlant d'un propriétaire sous condition suspensive, il pense uniquement à un acquéreur sous condition suspensive; parlant d'un propriétaire sous condition résolutoire, il pense à un acquéreur dont le droit est résoluble. Cela étant, le législateur, par l'article 2125, reconnaît le droit de conférer des hypothèques à l'acquéreur sous condition résolutoire, et non à celui qui ayant aliéné sous condition suspensive est regardé par les auteurs, mais non dans le langage des affaires, comme propriétaire sous condition résolutoire. Il déclare valable l'hypothèque constituée par l'acquéreur sous condition suspensive, et non point celle constituée par celui qui, ayant aliéné sous condition résolutoire, est qualifié subtilement de propriétaire sous condition suspensive.

Nous répondons simplement par le texte de l'article 2125: ceux qui ont sur l'immeuble un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas. La loi ne dit pas: ceux qui ont acquis, etc. Pourquoi ne pas laisser à cette disposition toute la largeur qu'elle comporte? Pourquoi supposer que le législateur a méconnu, si c'est une vérité, la correspondance nécessaire de la condition résolutoire et de la condition suspensive? Pourquoi accorder à l'acquéreur sous condition suspensive, à celui qui espère dans une éventualité devenir propriétaire, une faculté de crédit que l'on refuse à l'aliénateur sous condition résolutoire, lequel espère également dans une éventualité, non pas, il est vrai, devenir, mais redevenir propriétaire? Nous n'en voyons pas la raison. L'acquéreur sous condition résolutoire, l'acheteur qui n'a point payé son prix ou l'acheteur à pacte de rachat peuvent incontestablement hypothéquer. Cette hypothèque, soumise à une chance, est-elle plus solide, est-elle plus utile au développement du crédit que l'hypothèque constituée

Digitized by Google

par l'aliénateur qui a la chance inverse de recouvrer la propriété ? Cette question ne saurait être tranchée affirmativement en thèse générale. Le législateur doit laisser aux parties la plus grande liberté, et s'en rapporter aux créanciers de l'appréciation des garanties qui leur sont offertes. Quiconque a chance fondée sur un contrat d'être propriétaire, doit pouvoir dire à un prêteur : Voulez-vous vous associer à ma chance en me faisant crédit? L'événement qui m'investira rétroactivement de la propriété vous investira rétroactivement de l'hypothèque.

Dans une espèce où le réméré avait été exercé par le vendeur lui-même, la Cour de Douai (arrêt du 22 juillet 1820) n'a pas hésité à reconnaître la validité des hypothèques, constituées par le vendeur ou nées de son chef *pendente conditione.*

Dans toutes les autres affaires déférées à la justice et citées dans les recueils d'arrêts, le rachat avait été exercé par un cessionnaire. Nous croyons que l'idée de contester la validité de ces hypothèques est venue principalement de la difficulté de terminer heureusement le conflit entre les créanciers du vendeur et un cessionnaire exerçant le rachat.

Quelques auteurs ont cru que le conflit dont nous venons de parler pouvait être prévenu sans nier que le vendeur à réméré eût un droit réel et pût hypothéquer. L'hypothèque constituée par le vendeur à réméré est soumise à la même condition que le droit du constituant : elle sera valable si le vendeur exerce le rachat ; elle attend l'immeuble pour le frapper, au moment où il rentrera dans le patrimoine du débiteur. Quand le réméré est exercé par un cessionnaire, la condition ne s'accomplit pas. La propriété passe au cessionnaire ; elle ne retourne pas au vendeur. L'hypothèque conférée par le vendeur s'évanouit, parce que celui-ci n'exerce pas le rachat ; elle s'évanouit comme si le réméré n'était pas du tout exercé. L'immeuble est susceptible d'affectations hypothécaires du chef du cessionnaire, mais non du chef du vendeur, qui, après avoir cessé d'être propriétaire par la vente à réméré, ne l'est pas redevenu [1].

[1] M. Pont, *Priviléges et hypothèques*, t. I, n° 516 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, § 794, p. 155, note 1.

Digitized by Google

Il nous est impossible d'adhérer à ce raisonnement. Des raisons de théorie et des raisons d'équité s'élèvent à la fois contre ce système.

La condition résolutoire d'une aliénation s'accomplit nécessairement au profit de l'aliénateur. Si la propriété ne revenait pas à son point de départ, il n'y aurait pas résolution. Le cessionnaire profite de la résolution comme ayant cause de l'aliénateur. La propriété fait retour au vendeur et passe ensuite au cessionnaire. Si le cessionnaire du droit de réméré profite de la résolution comme ayant cause du vendeur, pourquoi les autres ayants cause du vendeur, des ayants cause antérieurs, les créanciers hypothécaires n'en profiteraient-ils pas ?

La condition résolutoire accomplie opère un effet rétroactif. L'acheteur est réputé n'avoir jamais été propriétaire. Le cessionnaire ne peut dater son acquisition que du jour où le droit de rachat lui a été cédé. Qui est-ce qui a été propriétaire de la vente à la cession du droit de rachat ? qui, si ce n'est le vendeur ? Propriétaire dans cet intervalle, il a pu hypothéquer.

Le cessionnaire tient son droit sur l'immeuble du vendeur, son cédant. En effet, il ne tient rien de l'acheteur qui subit une résolution et ne veut ni ne peut transmettre aucun droit. La cession du droit de réméré est au fond une aliénation de l'immeuble sous condition suspensive, ou mieux un transfert de la propriété, suspendue par une condition, que le vendeur avait retenue sur l'immeuble. Est-ce qu'une aliénation anéantit les droits antérieurement constitués sur la chose par l'aliénateur ? N'est-il plus vrai que nul ne peut transférer plus de droit qu'il n'en a ? qu'un cessionnaire ou acquéreur prend la cause, la situation juridique telle quelle de son auteur relativement à la chose cédée ?

La condition que le cessionnaire par son fait réalise est identiquement celle prévue dans la vente. Les effets doivent être les mêmes quelle que soit la personne qui rembourse le prix à l'acheteur. Le cessionnaire est dans cet acte le substitut, le représentant du vendeur. Si la condition accomplie par le vendeur confirme les hypothèques nées de son chef, il en doit être de même de la condition accomplie par le cessionnaire.

Digitized by Google

Voilà quelques objections de théorie pure. L'équité ne réclame pas moins vivement notre solution.

Le vendeur à pacte de rachat a obtenu crédit en affectant son droit incertain sur l'immeuble. Nous admettons et nos contradicteurs admettent qu'il a fait ainsi une convention licite et parfaitement valable. Est-il équitable que le vendeur puisse par un acte entièrement volontaire de sa part, par une cession de son droit de réméré, anéantir l'hypothèque par lui consentie? Est-il admissible que le débiteur puisse arbitrairement reprendre ou détruire une garantie qu'il a concédée à son créancier? Évidemment non.

Nous ne pouvons échapper au concours et à la lutte entre les créanciers hypothécaires qui veulent réaliser leur garantie et le cessionnaire qui ne veut pas avoir déboursé son argent à l'avantage d'autrui.

Tout le monde aperçoit le but à atteindre et ce que la justice exige; il faut que le cessionnaire, s'il est exproprié par les créanciers hypothécaires de son auteur, soit indemnisé; qu'il puisse reprendre sur le prix de l'immeuble vendu sur saisie la somme qu'il a déboursée. Comment arriver à ce résultat?

L'acheteur qui subit le rachat n'opère pas une vente, mais il est dans une situation analogue à celle d'un vendeur, en ce sens que la propriété de la chose ne doit le quitter que s'il recouvre le prix. Il serait aussi injuste de voir les créanciers du vendeur à réméré s'emparer de la chose vendue, l'acheteur n'étant pas préalablement satisfait par la restitution du prix, que de voir les créanciers d'un acheteur ordinaire s'approprier la valeur de la chose vendue en face du vendeur impayé. Il y a dans la situation de l'acheteur à réméré ayant droit au remboursement du prix les mêmes raisons de privilége que dans la situation du vendeur ordinaire ayant droit au payement du prix. Sans doute le vendeur procure la propriété, et l'acheteur à réméré se dessaisit seulement de la propriété acquise. Cette nuance, qui tient à ce que l'acheteur ordinaire veut devenir, et le vendeur à réméré redevenir propriétaire, n'a pas trait à notre question. L'acheteur à réméré ne doit pas plus être dépouillé de la propriété au profit de tiers sans recouvrer le prix, que le vendeur sans percevoir le prix. Si l'on a pu sans iniquité refuser un privilége à l'acheteur à

Digitized by Google

réméré, c'est que le droit de rétention, mal adapté au but de la vente, est ici un moyen très-énergique et très-conforme au désir et à l'intérêt de l'acheteur. Dans les hypothèses où le droit de rétention ne suffit pas, le privilége doit apparaître.

La force des choses y conduit en plusieurs hypothèses : un vendeur à réméré veut emprunter de l'argent pour exercer le droit de rachat. Des hypothèques judiciaires ont pris naissance sur l'immeuble. N'est-il pas utile, opportun, juste qu'il puisse subroger le prêteur dans le privilége de l'acheteur ? Ici le droit de rétention est inefficace. Cela n'est-il pas utile aux créanciers hypothécaires que ce privilége primera, mais dont la perte du droit de rachat serait la mort?

Un acheteur à réméré consent à ce que le vendeur profite d'une occasion qui s'offre à ce dernier de revendre avantageusement l'immeuble, à la condition qu'il sera désintéressé sur le prix de la revente. N'est-il pas juste que l'acheteur ait privilége sur les créanciers hypothécaires du vendeur à réméré ? Un privilége ne peut pas résulter de la convention; il faut le faire sortir de la loi. *Sic* Colmar, 12 juillet (ou 12 juin) 1816. Comp. Cass., 2 décembre 1818.

N'est-il pas juste aussi que notre cessionnaire soit subrogé au privilége que la raison reconnaît à l'acheteur à réméré, parce que sans lui et le déboursé qu'il a fait, le rachat n'aurait pas été exercé, l'immeuble ne serait pas rentré dans le patrimoine du vendeur, les ayants cause du vendeur en seraient encore réduits à une assez vaine expectative?

Mais il s'agit d'un privilége, et la loi est silencieuse? — Avouons que le législateur n'a pas pensé aux difficultés qui nous occupent. La question posée est-elle susceptible de deux solutions? Nous exposons-nous à violer l'esprit de notre loi en cédant à une exigence impérieuse de la justice? Les magistrats auxquels il est ordonné de statuer dans le silence de la loi, ne doivent-ils pas consulter leur raison?

Si un privilége peut être introduit par analogie, une barrière des plus salutaires est renversée; les préférences vont se multiplier capricieusement au gré de l'équité; la masse des créanciers est sacrifiée ! — Pourquoi se défier ainsi de la sagesse des magistrats qui savent que les priviléges sont de droit étroit, que l'égalité entre créanciers chirographaires,

Digitized by Google

l'ordre des temps entre créanciers hypothécaires ne doivent pas être altérés sans de très-graves motifs. Les Romains ont joui de la liberté de compléter la loi, de vivifier la loi par la jurisprudence; ont-ils multiplié les priviléges d'une façon déraisonnable, ont-ils beaucoup varié dans leur définition?

Mais la loi veut la publicité des priviléges. Le privilége de l'acheteur à réméré ne sera pas révélé par une inscription! — L'objection n'est pas fondée. Il sera rendu public par la transcription de l'acte de vente à pacte de rachat. Or pour l'efficacité à l'égard des tiers du privilége du vendeur (le privilége dont il s'agit est de cette nature), la loi se contente de la publicité par la transcription.

Elle prescrit, il est vrai, au conservateur de prendre une inscription d'office. Mais la validité, l'efficacité du privilége n'est pas subordonnée à cette inscription. Dans notre hypothèse, le conservateur ne prendra pas d'inscription d'office; il ne sera néanmoins pas responsable; nous inclinons à le croire. Qu'importe? Est-ce que la transcription n'est pas une publicité suffisante pour les ayants cause du vendeur à réméré? Connaissant la clause, ils sont avertis; ils peuvent s'attendre à ce que l'argent du retrait soit fourni par un tiers, ou après le réméré exercé, rechercher comment et à quelles conditions il a été exercé. En outre la cession du droit de rachat devra être transcrite, et ainsi se complétera la publicité.

Le privilége du vendeur rendu public par la transcription est soumis à la règle du renouvellement décennal. — Eh bien! l'acheteur à réméré ou le cessionnaire subrogé devront accomplir la formalité du renouvellement. La transcription a valu inscription à l'origine pour la conservation du privilége.

Le privilége admis, nous avons encore à prouver que le cessionnaire est dans un cas de subrogation légale. Nouvelle difficulté; l'interprète ne doit pas plus augmenter, étendre par analogie les cas de subrogation légale qu'il ne doit étendre ou multiplier les priviléges. Nous appliquerons notre méthode d'interprétation; nous chercherons le vrai et le juste en nous inspirant de l'esprit de notre loi.

Notre cessionnaire est dans une situation d'une analogie frappante avec le premier et avec le second cas de subrogation légale.

Digitized by Google

Le cessionnaire du droit de réméré a sur l'immeuble un droit qui, de même que les hypothèques nées du chef du vendeur, est primé, on peut dire opprimé par le droit de l'acheteur à pacte de rachat. Le cessionnaire, en exerçant le réméré, sauve la cause de tous ceux auxquels le vendeur a concédé des droits sur l'immeuble. Tous en profiteront après remboursement de ce qu'il en a coûté au cessionnaire pour améliorer ainsi la condition de tous. Ce remboursement préalable est assuré par la subrogation du cessionnaire au privilége de l'acheteur. Le rachat est une expropriation qui fait dégénérer la propriété de l'acheteur en un privilége; nous l'avons antérieurement démontré. Le cessionnaire a pris la place de l'acheteur à réméré, et il peut dire aux créanciers hypothécaires du vendeur : « Un fait émané de moi qui ne vous dois rien, ne doit ni empirer ni améliorer à mes dépens votre situation. L'efficacité de vos hypothèques était subordonnée à l'exercice du retrait par votre débiteur ou par vous; remplissez envers moi qui ai supplanté l'acheteur les conditions du rachat, et vos hypothèques seront pleinement efficaces. » Ce langage est exactement celui que pourrait tenir le créancier hypothécaire troisième en rang, après avoir désintéressé le premier, en s'adressant au second. Le cessionnaire, en exerçant le rachat, affranchit la propriété comme le créancier qui rembourse un créancier privilégié ou hypothécaire. Ce même cessionnaire agit ainsi sous l'impulsion d'un intérêt personnel aussi respectable que celui d'un créancier : même intérêt à agir; même résultat obtenu; même iniquité à ce que des tiers profitent du rachat sans bourse délier. Le premier cas de subrogation légale dérive d'une idée de justice qui trouve son heureuse application dans notre hypothèse.

Le cessionnaire ne serait pas moins bien fondé à se prévaloir du secundo de l'article 1251 du Code civil. Le cessionnaire du droit de rachat est un acquéreur; il achète l'immeuble vendu sous réserve de réméré; il doit, s'il est prudent, faire transcrire cet acte de cession; car là est le principe de son acquisition. Il achète l'immeuble, moyennant quel prix ? Il doit : 1° payer au cédant le prix spécial de la cession, si la cession a été faite à titre onéreux; 2° remplir les conditions du rachat. La somme à rembourser à l'acheteur est comme

Digitized by Google

une portion du prix que le cessionnaire garde afin de désintéresser et d'écarter un tiers dont le droit forme obstacle à l'acquisition. Il paye à l'acheteur la totalité ou la plus grande partie du prix de l'immeuble afin de dégager et d'affranchir la propriété, et de se l'assurer à lui-même par voie de conséquence. Les ayants cause du vendeur dont les droits affectant la chose survivent à une aliénation profitent de ce que le cessionnaire emploie le prix qu'il doit débourser pour avoir la chose à dégager, à rendre pure de toute éventualité menaçante la propriété par lui acquise. Mais si le cessionnaire acquéreur est exproprié par les créanciers hypothécaires du vendeur, il doit user des droits de celui qu'il a désintéressé, pour recouvrer au moins le prix de son acquisition. La comparaison que nous établissons, la manière dont nous composons ce prix de vente, tout cela est, non pas une conception subtile, mais une analyse véritable du fond des choses. Le cessionnaire du droit de rachat n'a qu'un but, acquérir l'immeuble, l'acquérir à titre onéreux. Où est le prix correspondant à la valeur de la chose, si ce n'est dans les sommes à rembourser à l'acheteur à réméré? Celui qui fait cette opération et se trouve en conflit avec des créanciers hypothécaires de son auteur, doit ou conserver la propriété ou récupérer son prix. Ainsi le veut la justice, ainsi le dispose et le réglemente le secundo de l'article 1251.

La solution que nous essayons de justifier sauvegarde dans une équitable mesure l'intérêt de toutes les parties : 1° l'intérêt des créanciers hypothécaires du vendeur, créanciers dont les droits affectent l'immeuble après le rachat exercé comme auparavant. Leurs hypothèques étaient exposées à périr si le rachat n'était pas pratiqué dans le délai. Elles ont maintenant une existence assurée. Les créanciers ne peuvent pas prétendre obtenir cet avantage au détriment d'un tiers qui a fourni les fonds du rachat. Si la nécessité de subir ce privilége auquel le cessionnaire est subrogé réduit leurs hypothèques à peu de valeur, ils ne peuvent pas s'en plaindre. La jurisprudence leur fait tout perdre. Puisque leur débiteur a fait argent même de son droit de réméré, c'est que, selon toute vraisemblance, il n'était pas en mesure de l'exercer lui-même.

Une hypothèque sur un immeuble vendu à pacte de ra-

Digitized by Google

chat n'est pas une grande garantie ; il ne faut ni l'augmenter au détriment d'un tiers, ni la restreindre, encore moins l'anéantir. Telle qu'elle est, elle n'est pas sans quelque utilité dans le cas même où le rachat est exercé par un tiers cessionnaire. Presque toujours, un immeuble est vendu à pacte de rachat pour un prix bien au-dessous de sa valeur. Les créanciers feront vendre l'immeuble, laisseront le cessionnaire prélever le prix et les accessoires qu'il a déboursés, et se payeront sur le reliquat.

2° L'intérêt du cessionnaire-acquéreur. Sans doute la jurisprudence lui est plus favorable, mais sommes-nous juste envers lui? Celui qui achète un immeuble hypothéqué doit s'attendre à la poursuite des créanciers hypothécaires. La saisie et la mise en vente de l'immeuble forceront le cessionnaire-acquéreur à surenchérir et à se rendre adjudicataire pour garder la propriété. Sur le prix il prélèvera, en vertu du privilége auquel il est subrogé, tout ce qu'il a payé à l'acheteur à réméré. Le surplus, qui représente la valeur du droit de rachat, sera distribué entre les créanciers hypothécaires du vendeur.

Notre cessionnaire peut d'ailleurs s'assurer à l'avance comme tout autre acquéreur qu'il ne fera pas un payement inutile. Il n'a qu'à purger avant de payer le prix de la cession et avant d'exercer le rachat. Qu'il offre aux créanciers hypothécaires son prix, c'est-à-dire suivant nous : 1° le prix de la cession du droit de rachat; 2° le prix et les accessoires à rembourser à l'acheteur à réméré.

Si les créanciers du vendeur acceptent les offres, ils se payeront sur le prix de la cession. C'est là ce que vaut la propriété sous condition suspensive qui leur a été hypothéquée. Si les créanciers surenchérissent, ce sera le droit de rachat qui sera mis aux enchères.

Nous avons permis au cessionnaire du droit de rachat de purger avant d'exercer le rachat, quoique dans notre opinion l'acquéreur sous condition suspensive ne puisse pas purger *pendente conditione*. Il y a de notables différences entre les deux hypothèses. D'abord le cessionnaire du droit de rachat veut purger une propriété conditionnelle d'hypothèques établies sur cette propriété conditionnelle et non pas sur la pleine propriété. Ensuite l'accomplissement de la

Digitized by Google

condition dépend de la volonté du cessionnaire et il se déclare, en purgeant, prêt à l'accomplir.

Le cessionnaire peut au surplus procéder autrement : rembourser l'acheteur à réméré, purger ensuite en faisant les offres que nous avons indiquées. Sur le prix à distribuer, le cessionnaire reprendra par préférence ce qu'il a payé pour opérer le rachat. Dans ce cas, une surenchère fera mettre en vente, non le droit de rachat, mais la propriété entière.

Nous avons supposé que l'immeuble était uniquement grevé d'hypothèques nées du chef du vendeur postérieurement à la vente à réméré.

Nous nous plaçons dans l'hypothèse où l'acheteur à pacte de rachat aura lui-même purgé. Si des créanciers ayant des hypothèques antérieures à la vente à réméré n'avaient pas été intégralement payés sur le prix distribué à la suite de la purge faite par l'acheteur, leurs droits, si tant est qu'ils subsistassent, seraient restreints sur la propriété sous condition suspensive retenue par le vendeur, et leur situation serait la même que celle des créanciers ayant obtenu hypothèque depuis la vente à réméré [1].

Nous n'avons pas dissimulé ce qui, aux yeux de beaucoup, est le côté vulnérable de notre opinion; nous étendons par analogie un privilége et un cas de subrogation légale. Nous sommes intimement convaincu que le jour où la jurisprudence s'affranchira, non du respect de la loi, mais de la tyrannie des textes et des brocards interprétatifs, qui sont dans le droit ce que sont dans les arts et les sciences les recettes, c'est-à-dire une dispense de raisonnement, la jurisprudence ne s'abaissera plus aux subtilités qui lui ont été reprochées et qui sont pour elles un moyen de concilier le texte avec le sentiment de l'équité ; elle s'élèvera d'un essor plus libre et moins vacillant vers la réalisation de l'idéal de la justice en suivant la direction assignée à sa marche par le législateur, mais en complétant les prévisions incomplètes d'un législateur humain par les données de la raison éternelle. E. LABBÉ.

[1] Lorsque l'acheteur à pacte de rachat n'a pas accompli de purge et a payé son prix au vendeur quoiqu'il existât des hypothèques sur l'immeuble, ce que sa position a de précaire et de périlleux se communique par contagion au cessionnaire du droit de rachat, lequel ne peut pas purger sans grand danger de payer deux fois. Mais cela est étranger à la question qui nous occupe.

Digitized by Google

ÉTUDE

SUR LA PROPOSITION DE LOI AYANT POUR OBJET DE MODIFIER LES DROITS DE L'ÉPOUX SURVIVANT SUR LA SUCCESSION DE SON CONJOINT PRÉDÉCÉDÉ,

PRÉSENTÉE

par *M. Delsol*, membre de l'Assemblée nationale [1].

Par H. Duvergey,
membre de l'ex-Faculté de droit de Strasbourg,
juge au tribunal civil de Tournon.

Il suffit de lire l'intitulé de la proposition émanée de M. Delsol pour en comprendre toute l'importance. Le droit des successions se lie intimement à l'organisation de la propriété, à la constitution de la famille et même aux institutions politiques. Voilà pourquoi de tout temps on n'a touché à la loi successorale qu'avec la plus grande circonspection et en s'y trouvant pour ainsi dire obligé par de grands changements survenus dans l'ordre politique et social, dans l'opinion publique et les mœurs. Mais il faut nous empresser de reconnaître que dans le point spécial des successions que M. Delsol propose de réglementer à nouveau, le législateur a bien plutôt une erreur ou un oubli à réparer, une anomalie à effacer, qu'une innovation plus ou moins périlleuse à introduire, un système plus ou moins sage à expérimenter.

Un principe généralement admis par tous les peuples, soit anciens, soit modernes, c'est que, par le fait seul du mariage, les époux contractent l'un vis-à-vis de l'autre une obligation alimentaire que la mort même ne suffit pas à effacer d'une manière absolue, mais qui se transforme à cette époque et d'une façon plus ou moins utile, soit en un droit véritable de succession, soit en un droit analogue, mais variable. Notre Code civil n'a pas complétement échappé à ces traditions et à ces influences, mais il faut convenir qu'en cette matière spéciale son système est peu satisfaisant et de beaucoup inférieur au système suivi, soit par les autres législations contemporaines, soit même par les législations anciennes.

Quels sont en effet les droits que l'un des époux peut

[1] V. le *Journal officiel* du 7 juin 1872, p. 3821, annexe n° 1158.

Digitized by Google

exercer d'après le Code sur le patrimoine de son conjoint prédécédé ? Ces droits, les seuls attribués au survivant, sont définis dans l'article 767 ; ils consistent dans l'aptitude à recueillir la succession si le conjoint prédécédé ne laisse « ni parents au degré successible ni enfants naturels. »

D'une part, l'époux survivant est primé par les parents légitimes de son conjoint jusqu'au douzième degré, c'est-à-dire presque à l'infini. D'autre part, si le défunt laisse une famille naturelle, cette famille, qui d'ordinaire est vue si peu favorablement par le législateur, viendra cependant à la succession avant son conjoint survivant, sauf le cas spécial et assez rare prévu par l'article 337. Et *par famille naturelle*, il ne faut pas entendre seulement les enfants qu'il a eus hors mariage. Si l'époux prédécédé est lui-même un enfant naturel, son conjoint sera en outre exclu par ses père et mère, ses frères et sœurs naturels[1].

Ainsi, dans l'état actuel de notre législation, aucun droit successif sérieux n'est attaché à la qualité d'époux, car il faudra une circonstance extraordinaire ,l'absence de toute famille, pour que le survivant succède à son conjoint prédécédé.

On a tenté de justifier ce résultat.

Les époux, a-t-on dit, ont deux moyens excellents d'assurer leur avenir réciproque. Le premier, c'est d'adopter en se mariant le régime de communauté ; le deuxième, c'est d'avoir recours à des dispositions formelles, soit par leur contrat de mariage, soit plus tard. S'ils n'ont employé ni l'un ni l'autre moyen, ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes.

Ce premier essai de justification est bienplus spécieux que solide. D'abord le régime de communauté n'a pas pénétré dans toute la France. Aujourd'hui encore, il est presque inconnu, soit dans les départements du midi, soit en Normandie, et l'on ne peut raisonnablement punir ceux que les traditions, les usages, ont conduit à adopter un autre régime. D'ailleurs l'adoption de la communauté ne préviendrait les inconvénients du système du Code qu'autant que l'association conjugale aurait été fructueuse, ce qui peut fort bien ne pas arriver. Quant à la possibilité d'assurer l'avenir de son con-

[1] Articles 765, 766 du Code civil.

Digitized by Google

joint par des dispositions entre-vifs ou testamentaires, il est bien vrai qu'elle existe, mais la vocation *ab intestat*, qui est de beaucoup la plus fréquente chez nous, a précisément pour but de remplir par avance l'office du testateur, en prévision du cas où il ne s'en acquitterait pas lui-même. Et d'ailleurs la loi française, dans le but sans doute d'arriver à la succession *ab intestat* qu'elle préfère, a assez multiplié le causes de nullité au titre des Donations entre-vifs et des testaments pour que la disposition que l'un des époux a faite vis-à-vis de l'autre ne produise pas toujours ses effets.

Les partisans du système de la loi insistent cependant et disent : Quel est le principe fondamental du droit successoral ? C'est le lien du sang, la communauté d'origine ! Dans un intérêt politique et social, le législateur se propose de conserver les biens dans les familles pour conserver les familles elles-mêmes. Or le conjoint qui est la source de la parenté n'est pas lui-même un parent. Il reste dans sa famille naturelle sans entrer dans celle de son conjoint pour laquelle il ne sera jamais qu'un allié. Lui conférer des droits successoraux efficaces, ce serait, quand il n'y a pas d'enfants du mariage, faire passer les biens dans une maison étrangère à celle du défunt et par conséquent sacrifier une famille à une autre. Sans doute, l'affection présumée du défunt entre bien pour quelque chose dans l'ordre des vocations héréditaires, mais l'affection conjugale n'est pas, comme celle qui découle de la communauté d'origine, une affection mesurée, régulière et sûre. C'est une tendresse mobile, sujette à des soubresauts, à des excès comme à des défaillances, et dont l'appréciation absolue est presque impossible. On conçoit donc que la loi ait abandonné à chaque conjoint le soin d'exprimer lui-même cette tendresse, et n'ait pas affiché la prétention de l'évaluer par une formule inerte et immuable !

Ces considérations ne sont pas sans force, mais nous croyons qu'on peut y répondre victorieusement.

Et d'abord, nous dit-on, il faut conserver les biens dans les familles ; il faut empêcher les biens d'une maison de passer dans une autre !

Avant de répondre à ce raisonnement des partisans de l'article 767, nous ferons d'abord deux remarques :

La première c'est que, à supposer ce raisonnement parfai-

Digitized by Google

tement fondé et en lui faisant produire toutes ses conséquences, il n'explique pas comment la loi peut préférer la famille naturelle du prédécédé à son conjoint survivant. Il n'y a évidemment aucune nécessité sociale à favoriser cette famille, et la préférence dont la loi la gratifie en cette occasion a je ne sais quoi de blessant et d'humiliant pour la dignité du mariage.

Notre deuxième remarque, c'est que le raisonnement en question ne peut être opposé au conjoint toutes les fois qu'il y a des enfants du mariage. Les biens qui peuvent lui être attribués retourneront un jour à ces enfants, et dès lors ils ne passeront pas dans une maison étrangère.

Pour comprendre l'objection consistant à dire qu'il faut conserver les biens dans la famille, il est nécessaire de supposer le conjoint survivant sans enfants communs avec le prédécédé et de plus en présence des autres membres de la famille légitime. Dans ce cas, nous convenons que l'objection repose sur une des règles les plus absolues, les plus respectées des anciens ; mais chez eux la famille était organisée autrement que chez nous. Dans la vieille France, chaque famille formait un être moral, dont tous les membres, unis par les liens d'une étroite solidarité, étaient considérés comme des copropriétaires l'un par rapport à l'autre. On attachait alors une grande importance au nom, dont les biens, même chez les roturiers, n'étaient pour ainsi dire que l'apanage, car la constitution des familles, de même que la constitution territoriale, était essentiellement aristocratique. Nous sommes loin de ces idées et de ces temps aujourd'hui que le courant démocratique, le niveau égalitaire, sont venus relâcher tous les liens, énerver toutes les autorités, affaiblir toutes les disciplines..... La famille existe bien encore, mais l'esprit de famille, de solidarité entre ses différents membres, a presque complétement disparu. Il n'y a plus de nom à soutenir, plus de copropriété à respecter chez les parents, plus de traditions lointaines à suivre. D'ailleurs nous verrons qu'il est très-possible d'assurer au conjoint survivant une situation convenable, par exemple en lui attribuant un usufruit, sans sacrifier les droits de la famille du défunt. On avait bien atteint ce résultat dans l'ancien droit, il serait singulier qu'il fût impossible d'y songer aujourd'hui.

Digitized by Google

Les adversaires des droits du conjoint survivant trouvent aussi que l'affection conjugale n'est pas assez sûre, assez sérieuse et régulière pour que la loi puisse l'évaluer par une formule inerte et immuable et en faire la base d'un droit successif.

Il suffit d'un instant de réflexion pour se convaincre que l'objection n'est pas sérieuse.

Qu'est-ce donc que le mariage? « C'est une société entre un « homme et une femme ayant pour but leur bonheur mutuel « par l'union la plus intime qui puisse exister entre deux êtres « humains et la procréation des enfants. » En conséquence, les époux doivent se donner tout entiers l'un à l'autre ; ils doivent mettre en commun toute leur âme, toutes leurs forces, toutes leurs tendresses, toutes leurs joies, toutes leurs peines. Rien ne peut être réservé dans la consécration mutuelle qu'ils se font l'un à l'autre..... L'amour que les époux se doivent ne souffre d'autres limites que l'amour de Dieu et les lois imprescriptibles de la morale. « *Erunt duo in carne una* » ils n'auront qu'une seule chair, ils n'auront qu'une vie ! Leurs deux personnes n'auront qu'un domaine commun : leurs deux natures réunies et tous les biens qu'ils possèdent par elles !

Voilà la grande et sublime loi du mariage ! Si vous en doutez, consultez les aspirations de tout cœur humain qui a su conserver une parcelle intacte de cette poésie, de cette auréole divine, qui entoure les saintes et pures aspirations de l'amour..... Écoutez cette voix mystérieuse qui murmure à l'oreille de tout homme, dans le printemps de sa vie, qu'il y a quelque part une âme sœur de la sienne, faite pour s'y verser tout entière et recevoir un don pareil, un cœur dont chaque battement est destiné à répondre au sien et dont la communication peut seule lui faire goûter ici-bas un rayon du bonheur céleste !

Je m'arrête..... et répondant à l'objection, je conclus que de toutes les affections qu'un homme puisse avoir, celle qu'il ressent pour son épouse est d'ordinaire la plus appréciable, la plus vive, la plus sûre. Que cette affection chez certaines gens soit mobile, variable et inconstante ; qu'elle puisse même avoir complétement disparu chez d'autres, je le concède. Mais la loi doit bien plutôt présumer entre les époux l'affection que la haine, parce qu'au foyer domestique l'une

Digitized by Google

est encore, Dieu merci ! beaucoup plus fréquente que l'autre. D'ailleurs, l'obligation que les époux contractent par le fait seul du mariage de se soutenir l'un l'autre est trop étroite pour qu'il ne soit pas absolument nécessaire de la consacrer dans la loi successorale, de la prolonger ainsi au delà de la vie commune et par là même de mettre chaque époux en demeure d'exhéréder son conjoint s'il croit avoir des motifs assez graves pour le faire.

Une autre raison de le décider ainsi, c'est que d'ordinaire le conjoint survivant a contribué dans une large proportion, par son économie, sa bonne administration, ses soins de chaque jour, à la conservation ou au développement de la fortune qu'on veut maintenant lui enlever tout entière.

Pour parer aux circonstances exceptionnelles où l'un des époux a gravement méconnu ses devoirs vis-à-vis de l'autre, où le survivant se trouve personnellement dans une situation assez belle pour se passer facilement de la fortune de son conjoint, il suffit que la vocation héréditaire entre époux ne constitue pas un droit de réserve, et que dès lors il soit toujours loisible à l'un des époux de retirer par un acte formel de sa volonté les avantages que la loi concède à son conjoint sur sa propre succession.

Qu'arrive-t-il souvent avec le système actuel ? Au jour de la dissolution du mariage, si le prémourant n'a pas eu le temps, la pensée et la bonne volonté d'assurer par une disposition expresse le sort de son conjoint, et même si ce dernier a eu la délicatesse de ne pas insister auprès de lui pour obtenir un avantage, le survivant dont la fortune personnelle est nulle tombe, sans transition aucune, d'une situation brillante dans la gêne, dans la détresse, en face d'héritiers que le défunt connaissait souvent fort peu et qui se trouvent enrichis par une succession sur laquelle ils n'avaient jamais compté. Ne sera-ce pas le plus douloureux spectacle que de voir cette espèce de déchéance et de déclassement survenir d'un jour à l'autre ? N'y aura-t-il pas là comme un outrage fait à la mémoire de l'époux prédécédé qui semble cependant se survivre encore dans cette autre moitié de lui-même ? « *Vidua adhuc coruscat radiis mariti*, » disait-on autrefois..... Cette belle parole n'est donc plus aujourd'hui qu'une ironie amère ?

Digitized by Google

On a soutenu que le survivant pouvait dans ce cas réclamer des aliments à la succession de son conjoint. Mais, sans parler de l'humiliation qu'il y aurait pour lui à intenter une action de cette nature, il est certain que la demande ne pourrait aboutir que si les héritiers du prémourant se trouvaient être les enfants nés du mariage. *En réalité, la loi ne distrait pas une obole de la succession de l'époux prédécédé pour assurer l'existence du survivant !*

On a d'autant plus de raison de s'étonner du système rigoriste et bizarre suivi en cette matière par le Code civil qu'au fond ce système est contraire à la tradition du droit romain et de notre ancienne jurisprudence. Je sais bien que plusieurs personnes, trompées par l'apparence, se sont imaginées que les rédacteurs du Code s'étaient bornés à reproduire en cette matière les règles antiques. Et il faut convenir que la constitution aristocratique des anciennes sociétés, l'organisation puissante de la famille, cet être moral dont tous les membres étaient copropriétaires et solidaires, auraient pu jusqu'à un certain point excuser une semblable rigueur. Mais par un examen rapide, il sera facile de nous convaincre que tout en veillant aux intérêts de la famille, les lois anciennes n'avaient pas sacrifié l'avenir du survivant des deux époux, et lui avaient au contraire assuré d'une manière ou de l'autre un veuvage décent et honnête. Nous verrons ensuite que les législations étrangères contemporaines, celles même qui sont calquées sur la nôtre, se sont bien gardées de copier notre article 767 et que, sur ce point particulier, elles sont bien en avance sur le Code français.

Au premier coup d'œil que l'on jette sur le droit romain, on est tenté de croire que le conjoint survivant n'y est pas mieux traité qu'en droit français. En effet, le droit civil romain ne range pas le conjoint au nombre des héritiers et le préteur ne l'appelle *à la possession des biens* qu'après sept ordres de parents ou cognats, et seulement par préférence au fisc. Mais si nous pénétrons plus avant dans la constitution de la famille romaine, nous voyons que la participation de l'un des époux au patrimoine de l'autre est autrement sérieuse qu'elle ne le paraît tout d'abord. Le mariage ordinaire à Rome, c'est le mariage avec puissance, avec *manus*, qui fait passer sur la tête du mari tous les biens de la femme

Digitized by Google

et met cette dernière vis-à-vis de son mari dans la position et dans les droits d'une fille vis-à-vis de son père. En définitive, le mari n'a besoin d'aucun droit héréditaire vis-à-vis de sa femme, puisqu'en sa qualité il devient propriétaire de tout son patrimoine. Quant à la femme, elle a vis-à-vis de son mari les mêmes droits de succession qu'une fille vis-à-vis de son père.

Dans le dernier état de la législation romaine, les droits des époux furent réglés différemment. Le mari survivant prit sur les biens de sa femme prédécédée avec enfants une part virile d'usufruit. La veuve pauvre et non dotée eut droit à un quart de la succession de son mari, ou bien à une part virile en toute propriété quand il y avait plus de trois enfants (nov. 117). Ni l'un ni l'autre ne fut d'ailleurs un véritable héritier *ab intestat*, mais plutôt un créancier héréditaire à titre universel. Le conjoint survivant ne put, sous la législation de Justinien, intenter la *petitio hereditatis*, mais simplement une *condictio ex lege*.

Dans l'ancienne France nous retrouvons, aussi bien dans les pays de coutumes que dans les pays de droit écrit, les traditions de la législation prétorienne en vertu desquelles le conjoint survivant n'est appelé qu'à défaut de parents et par préférence au fisc. Mais avec cette vocation empruntée au droit romain viennent se combiner au moins deux institutions spéciales, l'une au droit écrit, l'autre au droit coutumier, et qui ont pour but d'assurer l'avenir du conjoint survivant.

A ce point de vue, dans les pays de droit écrit, nous trouvons *l'augment* ou *contre-augment de dot*. L'augment de dot, c'était un gain de survie attribué à la veuve sur les biens du mari prédécédé et qui d'ordinaire était égal au tiers de la dot mobilière. Cet avantage était en pleine propriété quand il n'y avait pas d'enfants du mariage, mais seulement en usufruit dans le cas contraire : toutefois la femme avait toujours le droit de retenir en pleine propriété l'équivalent d'une part d'enfant. L'augment de dot n'est pas une donation puisqu'il existe indépendamment de toute convention ; ce n'est pas non plus un droit de succession *ab intestat* puisque l'époux survivant a une vocation *ab intestat* distincte. C'est un équivavalent de la collaboration conjugale, une conséquence de l'obligation que contracte le mari, par le fait seul du mariage,

Digitized by Google

d'assurer à sa femme pendant et après sa vie une situation convenable et décente.

Le mari survivant avait, en droit écrit, vis-à-vis de la succession de sa femme un droit analogue au précédent sous le nom de *contre-augment* ou contre-partie de la dot. Les époux étaient donc en cette matière sur le pied d'égalité.

A défaut d'augment et de contre-augment de dot, quand la femme n'avait pas appporté de dot à son mari, l'avenir du survivant se trouvait assuré *par la quarte du conjoint pauvre*, c'est-à-dire que, par application de la novelle 53, chapitre 6, le conjoint avait droit au quart de la succession de son époux prédécédé [1].

Voilà ce qui se pratiquait dans les pays de droit écrit. Quant au droit coutumier, il avait pourvu au sort du conjoint survivant par d'autres moyens, tels que certains gains nuptiaux et principalement par le *douaire*, que Pothier définit : « Ce « qui est accordé à la femme sur les biens de son mari pour « ses aliments, sa subsistance, au cas qu'elle lui survive [2]. » Le douaire consistait généralement dans l'usufruit de certains biens du mari, et il portait d'ordinaire sur tous les immeubles appartenant au mari lors du mariage et sur ceux qu'il avait acquis ensuite de ses ascendants.

Le droit coutumier s'était surtout préoccupé d'assurer l'avenir de la femme pour cette raison, nous dit Lebrun [3], « que la nature a donné plus de forces à l'homme pour « gagner sa vie ; » mais il faut convenir que cette raison n'était guère décisive, surtout quand le mari survivant était âgé et infirme. Aussi préférons-nous sur ce point la législation des pays de droit écrit à celle des pays de coutumes.

Tel fut le droit antérieur au Code civil et qui a régi soit le monde romain, soit notre patrie pendant bien des siècles. Comment la législation actuelle a-t-elle pu briser avec toutes ces traditions si conformes à l'équité et adopter un système aussi étroit que celui de l'article 767 ? Il est probable qu'il y

[1] La novelle 117, ch. 5, qui avait retiré au mari survivant ce droit d'abord accordé aux deux époux, ne s'appliquait point en droit écrit.

[2] *Du douaire*, n° 1.—*Introduction au titre XII de la coutume d'Orléans*, n° 1.

[3] Livre I, ch. VII, n° 3.

Digitized by Google

a là une erreur législative[1]. Sur l'observation faite par Maleville que l'on avait oublié d'assurer l'existence de l'époux survivant, Treilhard répondit « que l'article 55 du « projet (devenu l'art. 754) lui accordait *l'usufruit du tiers des « biens.* » C'était une erreur matérielle : l'article 55 constituait bien, il est vrai, un droit d'usufruit du tiers, mais au père ou à la mère du prédécédé, et non pas à son conjoint survivant. Le Conseil d'État néanmoins se contenta de la réponse de Treilhard et ne se préoccupa plus de la remarque de Maleville, croyant lui avoir donné satisfaction par avance.

Avant de passer à l'examen attentif du projet de M. Delsol, il ne sera pas inutile d'examiner les législations contemporaines étrangères sur le point particulier qui nous occupe. L'étude rapide que nous nous proposons d'en faire nous montrera que le progrès réclamé aujourd'hui en France est réalisé depuis longtemps par la plupart des autres nations, même celles qui ont fait plus ou moins d'emprunts à notre Code civil. De plus, par l'examen des différents systèmes en vigueur, nous serons mieux à même d'apprécier la valeur absolue de la proposition dont l'Assemblée nationale aura bientôt à s'occuper.

On peut classer les législations étrangères en deux catégories :

1° Celles qui attribuent au conjoint survivant un simple droit d'usufruit plus ou moins étendu sur la succession de l'époux prédécédé ;

2° Celles qui lui attribuent un droit de propriété et un droit d'usufruit.

Rentrent dans la première catégorie les Codes sarde, des Deux-Siciles et de Bade.

D'après le Code sarde, l'époux survivant *non séparé de corps* a droit à l'usufruit du quart de la succession de son conjoint décédé sans testament, si celui-ci ne laisse pas plus de trois enfants; autrement l'usufruit ne serait que d'une part d'enfant. L'époux survivant est déchu de ce droit successif *s'il passe à de secondes noces* (art. 959).

Dans les Deux-Siciles, le conjoint qui n'a pas une fortune personnelle en rapport avec sa condition a droit sur les revenus de la succession de son époux à une pension alimen-

[1] Fenet, XII, p. 38.

Digitized by Google

taire égale au quart du revenu des biens. Toutefois son usufruit n'est que d'une part d'enfant, si le prédécédé a laissé plus de trois enfants (art. 689, 690).

A Bade, l'époux survivant a toujours, s'il n'y a pas d'enfants, l'usufruit des biens de son conjoint, à moins de convention contraire (art. 738). Il a également *par droit de mariage*, sur la succession des ascendants de son conjoint prédécédé, un usufruit du quart ou une rente équivalente (art. 745).

On peut faire rentrer dans la deuxième catégorie, c'est-à-dire parmi les législations qui attribuent au conjoint survivant un droit de propriété et un droit d'usufruit, les Codes autrichien, bavarois, prussien et vaudois.

En Autriche, l'époux survivant a droit: 1° à l'usufruit d'une part d'enfant, s'il y a trois enfants ou un plus grand nombre, et s'il y en a moins, à l'usufruit du quart de la succession; 2° à la pleine propriété du quart de la succession, si le prédécédé laisse des parents autres que des enfants; 3° à la totalité de la succession, si le conjoint prédécédé n'a laissé ni parents au degré successible, ni enfants naturels ou adoptifs, et s'*il n'y a pas eu de séparation de corps prononcée contre le survivant* (art. 757 à 759).

Le Code vaudois accorde à l'époux survivant : 1° l'usufruit des biens dévolus à ses enfants dans la succession du conjoint prédécédé, sauf pour l'enfant marié ou devenu majeur le droit de se faire mettre en possession de la moitié des biens grevés de cet usufruit; 2° la toute propriété du quart de la succession, si le prédécédé ne laisse pas d'enfants, mais père et mère, frères ou sœurs, ou descendants de ces derniers; 3° la pleine propriété de la moitié de la succession à défaut d'enfants, père, mère, frères, sœurs, ou descendants de ces derniers (art. 541 à 545).

En Prusse, l'époux qui survit est appelé à la succession du conjoint prédécédé par préférence aux parents qui sont au delà du sixième degré. En outre, il a une réserve légale sur les biens de son conjoint, réserve qui est de la moitié de ce qu'il aurait recueilli *ab intestat* (t. I, p. 2, art. 637).

Le Code bavarois règle ainsi qu'il suit la succession entre époux : s'il y a des enfants issus du mariage ou d'une précédente union, la femme survivante prend le don de noces

Digitized by Google

que lui a fait son mari, *la contre-dot* (avantage égal à la dot) en usufruit seulement, enfin une part d'enfant dans le mobilier et dans les acquêts. Si c'est le mari qui survit, il garde tous les acquêts et restitue aux enfants ce que la femme a apporté (L. 3, ch. 6). S'il n'y a pas d'enfants, le survivant doit rendre aux parents du défunt : 1° ce que son conjoint a apporté dans la communauté, moins le lit matrimonial ; 2° la nue propriété de la moitié des acquêts. Il garde le surplus de la succession.

Sans pénétrer plus avant dans l'étude des législations étrangères, nous sommes forcé de reconnaître qu'elles ont été bien mieux inspirées que le Code civil en assurant à l'époux survivant, d'une manière ou de l'autre, une situation convenable et décente. Et cependant, parmi ces législations, il en est plusieurs qui régissent une société aristocratique, comme l'Autriche, la Prusse, la Bavière et Bade, où la prétendue nécessité de conserver les biens dans les familles, et par voie de conséquence l'honorabilité du nom, s'impose d'une façon autrement sérieuse que dans une société démocratique comme la nôtre.

Il y a longtemps que les jurisconsultes français réclament une réforme du système de l'article 767. En 1849, il a même été déposé un projet en ce sens devant l'Assemblée ; mais il faut reconnaître que ce projet, qui se bornait à accorder au survivant une action alimentaire contre la succession du prédécédé, ne répondait pas suffisamment à l'attente de l'opinion publique, et restait toujours bien au-dessous des législations étrangères. Il y a dans l'action alimentaire quelque chose de trop humiliant pour celui qui l'exerce ; cette action ne répond pas assez à la généralité des cas, enfin sa mise en mouvement jette trop souvent le trouble dans les familles pour qu'on puisse en faire la base d'un nouveau système véritablement scientifique. Aussi ne sommes-nous pas étonné, et ne regrettons-nous pas que la proposition déposée en 1849 n'ait pas été adoptée.

Le système que M. Delsol vient proposer aujourd'hui est autrement juridique et sérieux ; mais, qu'on le remarque bien, on n'introduit pas un principe nouveau dans une œuvre scientifique, comme notre loi successorale, sans avoir toujours à craindre de jeter dans l'ensemble l'incohérence et la con-

Digitized by Google

tradiction. L'innovation la plus sensée, la plus urgente, ne peut être faite qu'avec une prudence et un tact tout particuliers. Aussi devons-nous examiner non-seulement si le projet est bon en lui-même, mais encore s'il rentre bien dans le cadre de notre loi, et s'il n'est pas nécessaire de faire subir quelque modification nouvelle à plusieurs autres articles du Code.

M. Delsol propose de modifier ainsi qu'il suit les articles 753, 755, 758 et 767 du Code [1] :

Art. 753. « A défaut de frères ou sœurs ou descendants « d'eux, et à défaut d'ascendants dans l'une ou l'autre ligne, « la succession est déférée pour moitié aux ascendants survi- « vants et pour l'autre moitié aux parents les plus proches « de l'autre ligne, *sauf ce qui sera dit ci-après pour le conjoint « survivant.* »

Art. 755. « Les parents au delà du douzième degré ne « succèdent pas. — A défaut de parents au degré succes- « sible dans une ligne, les parents de l'autre ligne succèdent « pour le tout. — *Dans le cas où le défunt laisse son conjoint, « celui-ci succède à la moitié des biens, s'il n'y a pas eu contre lui « de jugement de séparation de corps et que les parents soient « au delà du sixième degré.* »

Art. 758. « L'enfant naturel a droit à la totalité des biens « lorsque ses père ou mère ne laissent pas de parents au « degré successible, *ni de conjoint survivant.* »

Article 767 (ancien).	Article 767 (nouveau).
« Lorsque le défunt ne laisse « ni parents au degré successible, « ni enfants naturels, les biens « de sa succession appartiennent	« Lorsque le défunt ne laisse « ni parents au degré successible, « ni enfants naturels [2], les biens « de sa succession appartiennent

[1] Nous avons souligné dans les articles 753, 755, 758, tout ce qui appartient au projet de M. Delsol. Ce qui est imprimé en caractères ordinaires représente le texte actuel, auquel M. Delsol se borne à ajouter un alinéa.

[2] Il serait mieux de dire : « Lorsque le défunt ne laisse ni parents légi- « times, *ni parents naturels*, au degré successible, etc. » Cette rédaction comprendrait non-seulement les enfants naturels, mais encore, pour le cas où le *de cujus* était lui-même un enfant naturel, ses père et mère, frères et sœurs naturels ou leurs descendants, appelés à sa succession d'après les articles 765 et 766.

Digitized by Google

« au conjoint non divorcé qui lui « survit. »

« *pour le tout* au conjoint qui « lui survit et *contre lequel il « n'y a pas eu de jugement de « séparation de corps.*

« Dans tous les cas, le conjoint « survivant a sur les biens de « l'époux décédé un droit d'usu- « fruit réglé ainsi qu'il suit :

« Si le défunt laisse des enfants « communs, l'époux qui survit a « l'usufruit d'une part d'enfant « légitime, sans que cette part « puisse être moindre que le « quart des biens.

« Si le défunt laisse des enfants « nés d'un précédent mariage, « l'usufruit sera d'une part d'en- « fant légitime, le moins prenant, « sans que cette part puisse ex- « céder le quart des biens.

« S'il n'y a point d'enfants et « que l'époux n'ait point le droit « de concourir avec les héritiers « légitimes, l'usufruit sera de la « moitié de la succession.

« Néanmoins l'usufruit ne « pourra être réclamé par l'époux « contre lequel la séparation de « corps aurait été prononcée, et « il cessera dans le cas d'un se- « cond et subséquent mariage. »

Tel est le projet sur lequel l'Assemblée nationale aura bientôt à délibérer. Examinons d'abord son économie, nous nous demanderons ensuite s'il cadre parfaitement avec le reste de la loi et s'il n'y a pas lieu d'y introduire quelques modifications.

Le projet de M. Delsol introduit dans notre loi successorale trois innovations que nous allons passer en revue successivement :

Première innovation.— L'époux survivant aura vis-à-vis de son conjoint un rang sérieux de successibilité ; il sera préféré pour la moitié de la succession aux parents qui sont au delà du

Digitized by Google

sixième degré, c'est-à-dire plus éloignés que cousins issus de germains [1]. — Cette innovation n'a évidemment rien de radical ni d'exagéré. D'une part, le vieux principe que les membres de la même famille sont solidaires les uns des autres, qu'ils ont une sorte de co-propriété l'un par rapport à l'autre, enfin qu'il faut conserver les biens dans les familles, ce principe, si peu applicable aujourd'hui, a toujours reçu dans la pratique ancienne certaines atténuations plus ou moins graves vis-à-vis des parents éloignés, si bien qu'au delà d'un certain degré la vocation héréditaire leur a toujours été retirée. Il n'y a donc rien d'exagéré à faire fléchir pour moitié le droit des parents au delà du sixième degré quand ils se trouvent en face du conjoint survivant. Quant à moi, je serais disposé à faire encore davantage en sa faveur. D'autre part, il est évident qu'arrivés au sixième degré, les rapports de parenté ne supposent plus cette affection étroite et intime qui commande jusqu'à un certain point au législateur la dévolution totale des biens aux héritiers du sang. Dans ce cas, il est bien rare que le conjoint ne prime pas de beaucoup tous les successibles naturels dans l'affection du défunt, et il nous semble que la justice la plus élémentaire, la plus parcimonieuse exige qu'on attribue au conjoint le droit de venir partager.

Deuxième innovation. — Quand le survivant se trouvera en présence de parents en deçà du sixième degré, c'est-à-dire en présence de cousins issus de germain ou de parents plus rapprochés, il aura sur la succession de son conjoint un simple usufruit dont l'importance variera avec la qualité des parents. Ce droit portera sur la moitié de la succession quand le défunt ne laissera pas d'enfants [2]. Dans le cas contraire, sa quotité sera d'un quart de la succession *au minimum* si ce sont des enfants communs [3], et *d'un quart au maximum* si ce sont des enfants d'un précédent mariage [4].

Ce système nous semble beaucoup plus rationnel, beaucoup

[1] V. l'article 755-2°, nouvelle rédaction.

[2] Article 767-5°, nouvelle rédaction.

[3] Article 767-3°, nouvelle rédaction.

[4] Article 767-4°, nouvelle rédaction. Cette disposition restrictive est parfaitement en harmonie avec le système des articles 1098, 1496 et 1527. La loi s'intéresse avec raison aux enfants du premier lit.

Digitized by Google

plus satisfaisant que celui qui a été proposé en 1849 et qui consistait à accorder au survivant une simple action alimentaire contre la succession de son conjoint prédécédé. Comme nous l'avons dit, on ne peut rien imaginer de plus triste que les procès en pension alimentaire, rien de plus affligeant, de plus humiliant que la situation du pensionnaire vis-à-vis de ses débiteurs. C'est avec grande raison que plusieurs législations étrangères ont, comme nous l'avons vu, accordé au conjoint survivant un droit d'usufruit. Elles l'ont placé de cette manière sur un pied d'égalité parfaite avec les parents; elles l'ont de plus mis à l'abri des fluctuations possibles dans leur fortune et de leur mauvaise volonté presque toujours certaine. N'hésitons pas à faire de même chez nous. Le projet de M. Delsol variant la quotité du droit d'usufruit depuis une part d'enfant légitime le moins prenant jusqu'à la moitié de la succession, nous semble satisfaisant au double point de vue de la famille et du conjoint survivant. De plus, l'avantage conféré, soit en propriété, soit en usufruit, n'ayant pas le caractère de réserve, il sera toujours loisible à chaque époux d'exhéréder son conjoint si celui-ci a une fortune personnelle suffisante ou s'il lui a donné des sujets graves de mécontentement.

Troisième innovation. — D'après le projet, quand l'un des époux a encouru la séparation de corps, il perd tous ses droits éventuels, soit de pleine propriété, soit d'usufruit, vis-à-vis de la succession de son conjoint qui a obtenu la séparation. Quant à ce dernier, ses droits restent intacts [1].

C'est là un changement au système de l'article 767 actuel qui n'attribue qu'au divorce (d'une façon absolue bien entendu) l'effet dont nous venons de parler. Or il y a une différence considérable entre le divorce et la séparation de corps : le premier anéantit la qualité même d'époux et par voie de conséquence enlève à l'un et à l'autre des conjoints les droits qui y sont attachés ; le deuxième laisse subsister, mais relâche seulement le lien matrimonial et n'efface pas *a priori* les droits qui en découlent. Aussi le droit de succession est-il généralement reconnu sous l'empire de l'article 767 actuel, même au conjoint contre lequel la séparation a été prononcée.

[1] V. l'article 755-2°, nouvelle rédaction, et 767-6°.

Digitized by Google

Lequel des deux systèmes en présence doit-il être préféré?

Sans hésiter, nous nous prononçons pour celui de M. Delsol. Le droit de successibilité réciproque des époux ne reposant pas sur le lien du sang s'appuie tout d'abord sur une présomption d'affection réciproque et puis sur l'obligation alimentaire contractée par le fait même du mariage. Dès lors on comprend très-bien qu'au jour de la séparation, d'une part cette présomption ayant disparu, d'autre part l'obligation alimentaire étant fortement ébranlée par les faits d'ingratitude ou d'indignité, la loi enlève à l'époux coupable ses droits successifs vis-à-vis de l'autre. C'était déjà le système de l'ancienne jurisprudence [1]. Nous savons que ce système est suivi par les législations étrangères. Il se trouve tout au moins à l'état latent dans le Code civil lui-même qui déclare révoquées de plein droit les libéralités faites par un époux à son conjoint contre lequel la séparation a été prononcée [2]. Lors de la préparation du Code, le système en question fut même voté en principe [3], et l'article 767 fut renvoyé à la commission pour être amendé en ce sens. Malgré ce renvoi, l'article définitif ne s'est toujours appliqué qu'au divorce, ce qui est un non-sens aujourd'hui. Le projet de M. Delsol répare l'omission ou la négligence des rédacteurs du Code et il réserve avec raison tous ses droits à l'époux qui a obtenu la séparation et qu'il serait injuste de punir des fautes dont son conjoint s'est rendu coupable envers lui. Il va sans dire que la déchéance encourue serait effacée si au jour de la dissolution du mariage les époux séparés de corps s'étaient réconciliés et avaient repris la vie commune.

On pourrait peut-être critiquer cette partie du projet d'après laquelle l'époux survivant perd tous ses droits d'usufruit au jour où il contracte une nouvelle union. Nous avons quelque peine à comprendre que l'on revienne alors sur un droit qui a déjà produit ses effets, et que le second mariage, souvent fort raisonnable, produise la même déchéance que la faute très-grave qui a motivé la séparation de corps. Toutefois nous reconnaissons que des législations étrangères ont

[1] Lebrun, liv. I, ch. VII, nos 21 et suiv. — Pothier, *Introduction au titre XVII de la coutume d'Orléans*, n° 35.

[2] Articles 1518, 1452.

[3] Locré, X, p. 101.

Digitized by Google

admis ce système en faveur duquel, étant donnée la nature humaine, il n'est pas déraisonnable d'invoquer l'intention présumée du conjoint prédécédé.

Peut-être M. Delsol a-t-il entendu que la déchéance encourue par suite du convol frappe aussi bien le droit à la moitié de la succession que l'usufruit accordé, mais il serait bon qu'il s'expliquât catégoriquement à ce sujet. Le dernier alinéa du nouvel article 767, comparé au deuxième alinéa de l'article 755-2°, conduirait à dire que le convol serait sans influence sur le droit en pleine propriété.

Nous avons maintenant à rechercher si les innovations proposées par M. Delsol rentreront bien à tous les points de vue dans le cadre de notre loi successorale, et s'il ne sera pas nécessaire de faire subir quelques modifications nouvelles à plusieurs autres articles du Code.

Cette dernière proposition ne nous paraît pas douteuse.

Prenons d'abord l'article 723. Voilà un texte qui n'est pas très-exact dans le système du Code, mais qu'il devient nécessaire de modifier avec le projet de M. Delsol.

Je dis que ce texte n'est pas parfaitement exact dans le système du Code; en effet, il paraît supposer que les biens ne passent à tous les successeurs irréguliers sans exception, *qu'à défaut*, *qu'en l'absence* de tous héritiers légitimes, tandis qu'en réalité les enfants naturels sont appelés à concourir avec les parents légitimes [1]. Mais avec le projet de M. Delsol, le conjoint survivant se trouve absolument dans le même cas que l'enfant naturel. Il viendra quelquefois pour la moitié de la propriété, toujours pour une part d'usufruit, en concours avec la famille légitime. Il devient donc nécessaire de faire subir à l'article 723 la modification suivante :

Article 723.	Rédaction proposée.
« La loi règle l'ordre de succéder entre les héritiers légitimes ; *à leur défaut* les biens passent aux enfants naturels, ensuite à l'époux survivant, et s'il n'y en a pas, à l'État. »	« La loi règle l'ordre de succéder entre les héritiers légitimes ; à leur défaut *ou concurremment avec eux*, les biens passent aux *parents* naturels [2], à l'époux survivant, et s'il n'y en a pas, à l'État. »

[1] V. les articles 757, 758 du Code civil.

[2] Je remplace les mots *enfants naturels* par ceux-ci : *parents naturels*, afin de faire rentrer dans le texte l'hypothèse des articles 765, 766.

Digitized by Google

De même, il me semble bien peu logique (le projet de M. Delsol étant admis) d'appliquer dans tous les cas au conjoint survivant le système des articles 769 à 772. Cet ensemble de dispositions dont le double but est : 1° d'appeler la famille légitime, de l'avertir qu'un successeur irrégulier demande la succession ; 2° de sauvegarder les droits des parents qui pourraient se présenter pendant trente ans, à dater de l'ouverture de la succession ; tout cela ne se comprendra plus et sera parfaitement inutile, toutes les fois que le conjoint concourra avec les parents légitimes eux-mêmes. En effet, ces derniers étant saisis de la totalité des biens, il sera beaucoup plus simple que le conjoint, comme l'enfant naturel, forme contre eux une demande en délivrance ou en partage. A quoi bon recourir dans ce cas à la justice et prendre des précautions spéciales pour sauvegarder les droits de la famille légitime ?

Pour donner satisfaction à cette nouvelle critique, il suffirait d'étendre au conjoint survivant les dispositions de l'article 773 et de le rédiger ainsi qu'il suit :

Article 773.	Proposition.
« Les dispositions des articles 769, 770, 771 et 772 sont « communes aux enfants naturels appelés à défaut de « parents. »	« Les dispositions des articles 769, 770, 771 et 772 sont « communes aux enfants naturels « *et au conjoint survivant* appelés à défaut de parents. *Mais « elles ne s'appliquent pas quand « l'enfant naturel et le conjoint « survivant viennent en concurrence avec la famille légitime.* »

Il serait peut-être nécessaire de modifier aussi le texte de l'article 754 ; sinon des difficultés ne manqueront pas de s'élever quand il s'agira de faire marcher ensemble l'usufruit de moitié de toute la succession attribué au conjoint par l'article 767-6° et l'usufruit du tiers de la moitié qui appartient au père ou à la mère. Pour éviter ces difficultés, il n'y aurait qu'à modifier ainsi qu'il suit l'article 754 :

Digitized by Google

Article 754.	Proposition.
« Dans le cas de l'article précédent, le père ou la mère survivant a l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété. »	« Dans le cas de l'article précédent *et s'il n'y a pas de conjoint survivant*, le père ou la mère a l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété. »

Enfin, nous ferons au projet de M. Delsol une dernière critique. On ne voit pas au juste comment il entend régler les droits du conjoint survivant vis-à-vis de la famille naturelle du prédécédé, si cette famille est appelée à la succession en vertu des articles 757, 758 ou des articles 765, 766. — Avec le projet de M. Delsol, tout ce qu'on pourrait accorder au conjoint, dans cette hypothèse, ce serait les mêmes droits que s'il se trouvait en présence de parents légitimes. Évidemment, il y aurait quelque chose de plus à faire, car la cause du conjoint est autrement favorable que celle de la famille naturelle, et celle-ci ne doit jamais être traitée aussi bien que la famille légitime.

Telles sont les observations que nous avions à présenter sur le projet de M. Delsol. Sous leur bénéfice et avec les réserves très-secondaires que nous avons faites, nous pensons que l'adoption de son projet introduirait un véritable progrès dans notre législation. Ainsi que nous l'avons établi, toutes les législations depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours ont compris qu'il y avait un intérêt de premier ordre à assurer d'une manière ou de l'autre l'avenir de l'époux survivant. — Toutes les considérations, soit en morale, soit en logique, militent en sa faveur. Si notre Code n'en a pas tenu compte, nous savons que c'est la suite d'une omission ou d'une erreur législative. C'est à l'Assemblée nationale à réparer cette omision et cette erreur. Elle aura fait ainsi une œuvre de justice à laquelle tous les ménages sont plus ou moins intéressés et qui, à la différence de tant d'autres, une fois introduite dans notre législation, n'en sortira plus jamais, parce qu'elle est conforme aux traditions, qu'elle se fonde sur la nature même des choses et qu'elle répond aux plus saines aspirations de la famille et de la société.

H. DUVERGEY.

Digitized by Google

LA PAROLE ET LA FORME DANS L'ANCIENNE PROCÉDURE FRANÇAISE.

Par Henri Brunner,
professeur de droit à l'Université de Lemberg.

Reproduit en français par M. Hecquet de Roquemont, docteur en droit, président de chambre à la Cour d'appel d'Amiens.

(*Suite et fin* [1].)

3. *Prolocuteurs.*

Celui qui veut assurer le succès de sa cause doit se garder de la soutenir lui-même, mais bien par l'organe d'un tiers *qui mostre sa parole, dit sa parole, à parler et conter pour soy.* Il y a pour cela plusieurs motifs : d'abord, on s'assure le droit d'amender le langage du prolocuteur. Nous en parlerons plus tard. De plus, celui qu'on choisit pour cet office est un homme exercé à la parole, familier avec la procédure, qui pénètre les plans et desseins de l'adversaire et sait imprimer à la cause qui lui est confiée la direction la plus avantageuse. En outre, chacun parle mieux dans la cause d'autrui que dans celle qui lui est propre. Le prolocuteur sait rester calme et froid, tandis que la partie perd contenance et s'emporte si les choses ne vont pas au gré de ses désirs [2].

Le prolocuteur est nommé dans les sources du droit français *avantparlier*, *emparlier*, *porparlier* [3], *conteur*, *avocat;* dans Britton, *countour*, *serjant;* dans les textes latins, *prolocutor*, *prælocutor*, *narrator*, *advocatus* [4]. Parfois, le prolocuteur est confondu avec le *conseil* et désigné sous ce même nom. C'est ce qu'on remarque notamment dans les Assises de la Haute Cour et dans la T. A. Coutume de Bretagne. En Angleterre,

[1] V. *Revue critique*, t. I, p. 22 (livraison de décembre 1871); p. 158 (livraison de février 1872); p. 230 (livr. de mars); p. 470 (livr. de juin 1872).

[2] Jean d'Ibelin, ch. 11. — Beaumanoir, V, 9. — Cf. Fleury, *Institution au droit français*, I, 130.

[3] *Porparlier* dans la version française du *Miroir de Souabe, passim.* — Comp. Camus, *Lettres sur la profession d'avocat*, éd. Dupin, I, 43, 159.

[4] Avocat se dit de préférence de celui qui remplit l'office à titre de profession et qui comme tel est assermenté (Beaumanoir, V, 5). Avantparlier s'applique à tous les prolocuteurs, même à ceux qui rendent ce service à une partie par amitié et gratuitement. Cf. Stein, *l. c.*, 391 et suiv.; Warnkönig, I, 351.

Digitized by Google

les avocats portent encore aujourd'hui le nom de Counsels [1]. Cela provient de ce qu'ordinairement c'était un des conseils qui portait la parole pour la partie. Et comme, dans certains cas, chaque conseil pouvait prendre la parole, il pouvait arriver que celui qui parmi eux remplissait l'office de prolocuteur ne se fît pas toujours remarquer d'une manière saillante. Néanmoins, la distinction fondamentale de l'*avantparlier* et du conseil n'a pas laissé, selon nous, de se maintenir dans l'ancienne procédure française [2]. Le rôle du prolocuteur excède celui du conseiller ordinaire. Aussi, là où l'*avantparlier* fait partie du conseil, la plaidoirie n'appartient-elle qu'à un seul. «Se tout cil du conseil ou plusor parloient por li, li « juges seroit empeeciés por le multitude des paroles et se- « roient li plet trop lonc, et por ce afiert il qu'il ne parole « que li un; mais s'il dit par amendement, li dis pot estre « dis par li ou par aucun des autres, s'il li plest ou à la partie « qui plede [3]. » Sans s'attacher à la dénomination, les Assises de la Haute Cour font ressortir nettement cette différence des rôles. La partie se fait donner par le juge des conseillers parmi les hommes de justice. Ceux-ci sont obligés d'entrer dans le conseil dont un membre remplit l'office de prolocuteur. Mais le devoir féodal ne les astreint qu'à l'exercice des fonctions de *conseiller* et *nul home lige ne doit dire parole en court por nullui, ce il ne viaut* [4]. C'est à la partie, lorsqu'elle demande conseil, à s'assurer d'avance que l'un de ceux qu'elle désigne pour en faire partie ne refusera pas l'office de prolocuteur. Devant cette même juridiction de la Haute Cour, les témoins ne peuvent se passer de prolocuteur; en effet, l'obligation pour deux témoins de témoigner conjointement et simultanément ne peut être remplie qu'autant qu'un prolocuteur prononce la teneur de leur déposition que tous deux déclarent alors être leur propre parole. Si le conseiller

[1] Blackstone, III, 26.— Rüttiman, *la Procédure civile anglaise*, Leipzig, 1851, 57 et suiv.— Gundermann, *Droit privé des Anglais*, 439.

[2] Tel n'est pas le sentiment d'Odier, *Esquisse du droit féodal* (*Revue historique du droit français et étranger*, VIII, 433).

[3] Beaumanoir, V, 8.

[4] Jacques d'Ibelin, ch. 39.— Beugnot, I, 462.— *Assises de Romanie*, c. 146, dans Canciani LL., III, 520 : Le seigneur justicier donne conseil.— Ma advocato lo non è tegnudo a dar.

Digitized by Google

donné aux témoins par le juge se refuse à parler pour eux, (*por ce que l'om dit que les homes liges ne doivent servize de moustrer parole* [1]), le juge ne peut l'y contraindre. Celui qui produit les témoins doit, dans cette prévision, tenir à sa disposition un homme qui les représente pour la parole, un *avantparlier*, tandis que le conseil donné par le juge se borne aux avis qu'il est appelé à donner en particulier [2].

La partie a-t-elle un prolocuteur, celui-ci doit conférer avec elle et avec ses conseils. Le Coutumier de Bourgogne le lui recommande à raison de la force que sa parole doit puiser dans leur assentiment préalable [3]. D'après l'*Abrégé du Livre des Assises de la Cour des Bourgeois*, la veuve demanderesse sollicite d'abord du seigneur justicier la désignation d'un prolocuteur. Le seigneur lui accorde celui qu'elle désire. Alors le prolocuteur prie le juge au nom de la veuve de lui donner pour conseil deux jugeurs; ceux-ci se renseignent auprès d'elle au sujet de l'affaire, et *sur ce ils doivent conceillier audit avantparlier*. Muni de leurs instructions, le prolocuteur prend la parole et les deux conseils remontent sur leurs siéges [4].

Ce droit pour les juges de prendre part au jugement de l'affaire dans laquelle ils ont servi de conseils n'existe pas en faveur de celui d'entre eux qui a rempli l'office de prolocuteur. Pour éluder cette incompatibilité, on couvre d'un prolocuteur apparent celui qui de fait en remplit les fonctions; au lieu de se produire comme *avantparlier*, ce dernier laisse engager l'affaire par celui qui lui sert de doublure, après quoi il dit *la force de la parole*, c'est-à-dire il donne la substance de l'affaire. Seulement, au lieu de requérir lui-même le jugement, il doit s'en remettre à l'autre du soin de prononcer la formule à cette fin, en d'autres termes de *se poser sur Court*, de *se mettre sur l'esgart*. Dans ces conditions, son langage ne paraît être que le complément de celui de l'*avantparlier* en titre, et lorsqu'il veut remonter sur son

[1] Phil. de Nav., ch. 9. — Beugnot, I, 482.

[2] Jean d'Ibelin, ch. 77.

[3] Nous comprenons ainsi le texte un peu corrompu de *Li usage de Borgoigne* (éd. Marnier), ch. 7 : Se on met I dit d'une parole sor uns proudome...

[4] *Abrégé*, II, ch. 37, 40.— Beugnot, II, 349, 351.

Digitized by Google

siége, il n'est pas exposé à s'en voir repousser par une récusation [1].

En général, le ministère de l'avocat n'était pas forcé; le principe était le droit pour la partie de plaider sa cause elle-même, si elle le jugeait convenable. Le droit français de l'Orient fait exception sur ce point, avec une divergence notable toutefois entre la Haute et la Basse Cour. Dans la *Cour des Chevaliers*, ce n'étaient pas les parties, mais les témoins qui (par le motif indiqué plus haut) devaient avoir un prolocuteur [2]. Dans la *Cour des Bourgeois*, au contraire, les témoins parlaient eux-mêmes [3] et les parties étaient assujetties à cette règle *que nus hom n'i deit plaidier sans avantparlier* [4].

Organe de la partie dans le langage, le prolocuteur ne doit pas être confondu avec son représentant dans le litige. Ce dernier est nommé dans les sources *procurator*, *procureur*, *avoué*, dans le droit normand et anglo-normand *attornatus*. Le ministère du prolocuteur est autorisé dans les affaires criminelles, comme dans les affaires civiles ; celui du procureur ne l'est que dans les dernières. Le demandeur peut aussi bien que le défendeur avoir un prolocuteur, la partie aussi bien que le témoin. Si le demandeur, au contraire, veut constituer un procureur, il ne lui faut rien moins qu'un privilége

[1] Conf. Jean d'Ibelin, ch. 28.

[2] D'autres sources font encore mention de prolocuteurs pour les témoins. V. *Coustume anchiene des wages d'Amiens*, Du Cange, II, 68, rapportée plus haut sous la rubrique de la preuve par témoins ; Privilége de Philippe-Auguste pour Amiens en date de 1190, art. 33 : « In omni causa et accusator et accusatus et testis per advocatum loquentur si voluerint. » Thierry, *l. c.*, 106 : « Dérogeant sans doute à l'ancienne coutume. » Observation dont la justesse ne nous paraît pas être à l'abri du doute.

[3] Clef 90 : En la Haute Court dou royaume de Jerusalem et de Cipre dit l'avantparlier por les garens et en alle dou visconte dit chascun garent par soi sa garantie.

[4] *Assises de la Cour des Bourgeois*, ch. 133. Sous Henri II, roi de Chypre (1285-1324), le ministère de l'avocat a cessé d'être obligatoire devant la Cour des Bourgeois. Cf. *Abrégé*, I, ch. 12, n° *a*. Il l'était, soit dit en passant, pendant le XIVe siècle, en Flandre. Tenue solennelle d'une Cour seigneuriale d'après le droit flamand du XIVe siècle, dans Warnkönig, *Histoire du droit flamand*, IIIe, appendice 62 et suiv., n° 168. Le bailli dit entre autres choses : « En de verbiede dat niemen... no spreke zonder raet en de taelman. » Ce que Raepsaet traduit ainsi : « Je défends... de parler sans conseil et procureur. » Confondant à tort le procureur et le prolocuteur (Taelman).

Digitized by Google

royal. Dans la règle, le roi, les églises et corporations peuvent seuls se faire représenter en qualité de demandeurs [1]. Le prolocuteur est assisté de la partie et ne peut pas suivre l'affaire en son absence; le prolocuteur comparaît sans la partie, il tient son lieu et place et peut, même pour l'exercice de la parole, se substituer un prolocuteur. L'avantparlier se renferme dans le ministère de la parole, Le prolocuteur soutient personnellement le procès selon le mandat qui lui en est conféré par un acte formel (*bailler l'avouerie*).

4. *L'amendement de la parole.*

L'institut des prolocuteurs offrait l'avantage, sinon d'éviter, du moins d'atténuer d'une manière notable les conséquences du principe de l'immutabilité de la parole. Liée par sa propre parole, la partie pouvait, sans violer le principe, s'écarter de celle du prolocuteur. Si celui-ci avait méparlé, elle avait la ressource de rétracter et de rectifier ou faire rectifier son dire. C'est le droit d'amendement compris dans le droit allemand sous la double dénomination d'Erholung und Wandelung dont le sens est analogue.

L'amendement est relevé avec une faveur marquée dans les sources à l'effet de faire ressortir les avantages de l'institut des prolocuteurs. Ainsi, Jean d'Ibelin, ch. 11 : Qui dit sa parole en court, se il i faut ou mesprent, il n'i peut amender. Et qui la fait dire à autre, et celui à qui il l'a fait dire mesprent ou il i faut, il et son conseil il poent amender.

Ass. de la Cour des Bourg. ch. 133 : Se l'avantparlier dit parole qu'il ne doie dire por celuy cui il parole, celuy por qui il parle et son conceau y pueent bien amender.

De Font., XI, 8 : Li mesparlers de l'emparlier, s'il parole par amendement, ne puet grever son seignor, s'il rapele son mal dit.

Beaumanoir, V, 9 : Quant il (la partie) dit aucunne coze qui li est contraire, il n'i pot metre amendement, lequel coze il pot bien fere de le bouce à son avocat quant il dit par amandement.

Boutillier [2] : Et s'il advenoit, que l'avocat dist chose nuy-

[1] Loysel, *Instit. cout.* (éd. Dupin et Laboulaye), I, 367. — Roth, *Vassaux et sujets*, 315. — Brunner, *Preuve testimoniale et inquisitoriale*, 45.

[2] *Somme rurale*, édition de 1587, fol. 161, col. *b*.

Digitized by Google

sable à son maistre, ce ne touche au maistre si il ne l'advoue.

Jean Desmares, A, 412 : Il puet bien amender ou desadvoer la parole de son advocat.

La constitution d'un prolocuteur ne comportait pas du reste par elle-même le droit d'amendement. Car on n'esquivait l'écueil du principe *un homme une parole* que pour rencontrer un obstacle dans la qualité même du prolocuteur. Il représente la partie pour la parole. Son langage est celui de la partie. C'est elle qui parle par sa bouche. Or un homme une parole, une parole un homme. L'ancien droit français, loin de méconnaître cette déduction logique, a imaginé un détour pour assurer à l'institut du prolocuteur l'avantage du droit d'amendement. Cette pensée apparaît clairement dans les sources du droit normand, tandis que dans les autres elle manque de précision ou même se trouve déjà singulièrement affaiblie.

Aussi, pour bien poser le principe juridique de l'amendement, ne croyons-nous pouvoir mieux faire que de donner une esquisse du chapitre de la Somma de legibus sur ce sujet.

D'après le § 1, Somma I, 66[1], le prolocuteur est celui *quem quis pro se instituit ad loquendum.* Ses paroles doivent être considérées comme celles de la partie qu'il représente. *Cujus verba idem pondus debent reportare ac si ex ore attornantis processissent.* C'est pourquoi la partie ne doit pas faillir à la parole du prolocuteur pendant tout le temps qu'il la représente. Mais le droit d'amendement peut être réservé, lors de la constitution du prolocuteur, au moyen de la déclaration suivante : *Iste debet loqui pro me contra talem; ipsum audiatis et cum me proposuerit quod injunxi, ipsum garantizabo.* Ce mandat est restreint. Le prolocuteur ne doit dire que ce que la partie l'a chargé de dire, et c'est dans ces limites seulement qu'elle se déclare prête à assumer sur elle, comme garant, la responsabilité de sa parole. Si le prolocuteur a été constitué ainsi, le juge, après l'avoir entendu, doit interpeller la partie : *utrum pro ipso protulerit?* La partie estime-t-elle que le dire lui est préjudiciable, elle déclare *quod aliqua protulerit, quæ ei non injunxit;* c'est pourquoi elle ne le garantit pas. Elle n'en

[1] Ch. 64 du texte français dans Bourdot de Richebourg, *Coutumier général*, IV, 27.

Digitized by Google

éprouve aucun tort. Le prolocuteur au contraire paie une amende à la Cour parce que sa parole n'est pas couverte par la garantie de celui dont le mandat formait son seul titre pour parler devant elle[1]. A défaut de garantie, sa parole n'était pas celle de la partie, mais la sienne propre. *Ce qu'il a dit, il a dit comme privée personne et non mie pour la partie*[2]. Le cas est analogue à celui du prolocuteur qui plaide sans avoir été constitué[3]; ou de tout homme qui s'ingère de prendre la parole dans l'affaire d'autrui[4]. Si au contraire le langage du prolocuteur est couvert par la partie, il sert de base au jugement. *Et sic per garantizatum*[5] *a curia procedetur de his videlicet de quibus garantizaverit* (*attornans*) *prolocutorem. Qui autem*, conclut, en terminant, le chapitre précité de la Somma, *provide prolocutorem suum*[6] *instituerit* (*sic*) *instituat in hac forma supradicta. Nullus enim providus debet in dicendis, sed in dictis, si expedierit, statuere se garantum.*

La faculté de constituer le prolocuteur avec la réserve *cum proposuerit quod injunxi* assurait à la partie le droit arbitraire d'amendement.

De son côté, le prolocuteur pouvait être porté à invoquer mal à propos le mandat de la partie pour appuyer son dire.

[1] Comp. *Sentier du droit féodal* (texte allemand), X, 8. — Siegel, *Erholung*, 20, distingue pour le droit allemand un motif explicatif de l'amende d'après le droit féodal et un autre d'après le droit privé. Il me semble que la procédure allemande offre aussi dans la transgression du droit de parler un motif à elle propre justifiant le prononcé de l'amende.

[2] Ainsi d'après *le Livre des Droiz et des Comm.*, § 533, l'avocat retire une parole malencontreuse à laquelle la partie n'a pas encore donné son adhésion. Cf. § 666.

[3] Boutillier, *Somme rurale*, fol. 161, col. 4 : De advocat plaidoyer pour ung autre sans en estre requis. Item si advocat se fait en jugement avant-parlier sans estre requis ne retenu de celluy pour qui il parle, sachez qu'il doit estre condemne en dix solz d'amende au seigneur. Au f° 210, col. 3, l'avocat qui se fait reprendre paye également 10 sous.

[4] D'après l'article 258 des Articles... de Saint-Dizier, tout individu, qui prend la parole sans la permission du bailli, doit payer 3 sous. Il en est de même du prolocuteur qui commence à plaider sans l'autorisation expresse du bailli, art. 255, et de celui dont la parole est amendée par la partie, art. 256.

[5] *Garantizantem*, dans Ludewig, n'a pas de sens. Le texte français, dans Bourdot de Richebourg, dit : Et la Court jugera des choses qui sont garanties.

[6] Au lieu de *unum*. Comp. le texte français.

Digitized by Google

Il était dès lors de l'intérêt de celle-ci de le désintéresser en prenant à sa charge les amendes qu'il pouvait encourir. Et c'est ainsi que les choses devaient se passer généralement. Il était juste en effet que la partie indemnisât le prolocuteur des amendes encourues à son service. Autrement, il serait devenu bien difficile de trouver des prolocuteurs.

Les sources du droit français présentent un état intermédiaire entre la rigueur formaliste du droit normand et le complet abandon des principes originaires. Dans les localités même où les conditions préalables de l'amendement s'étaient maintenues, on s'était départi de l'ancienne forme, en ce sens qu'il n'était plus indispensable d'invoquer contre le prolocuteur la transgression de son mandat. Dans la période qui a précédé l'abolition complète de cet institut, la partie est autorisée sous certaines conditions à amender elle-même sa propre parole. Tel est le cadre dans lequel peuvent être groupées les coutumes du XIIIe et du XIVe siècles au sujet de l'amendement. A ce point de vue, ce qu'il est le plus utile d'observer, ce sont les formules que présentent les sources pour la réserve de ce droit.

a) Retenail d'amendement.

Le droit de la ville de Lille est celui qui, pour le formalisme et la pratique de l'amendement, se rapproche le plus du droit normand [1]. Lorsque le prolocuteur, dont la Cour a pourvu la partie, a conféré avec elle de l'affaire, il lui adresse à haute voie cette question formelle : *Voles que jou diche pour vous?* ou bien si c'est une femme : *Dame ou vous demisielle voles que jou die pour vous et que jou soie vos advoes?* La partie répond : Ouie, dites chou que jou vos ai kierkiet [2]. En conséquence le prolocuteur commence son discours par cette formule : *dont me fait chis hom* (*ou bien cheste femme*) *à entendre que....*

Cette manière de constituer le prolocuteur démontre qu'à Lille, comme en Normandie, l'amendement reposait sur une prétendue transgression de pouvoir.

Les Assises de Jérusalem assignent à la réserve d'amende-

[1] Roisin, 22, n° 3; 23, n° 6.
[2] Chargé.

Digitized by Google

ment une forme différente. Dans Jean d'Ibelin, ch. 28, le conseil se pose comme prolocuteur de la manière suivante : *Sire, faites entendre à la parole de tel — et le nome* (le client) — *je la dirai par amendement de lui et de son conseill, que se je i mesprenoie, que lui et son conseil amender i peussent.*

De même, dans l'*abrégé de la Cour des Bourgeois*, p. 2, ch. 37 : *Sire, ce que je dirai por la teil feme ou dame, je le dirai por amendement d'elle et de son conceill et se de riens me mespreignés, que elle et son conceill amender me peussent.*

Ici, c'est le prolocuteur lui-même qui réserve l'amendement, tandis que, d'après le droit de Lille et de Normandie, c'est la partie elle-même dans la formule de constitution. Du reste, cette dernière forme n'est pas étrangère aux Assises. Nous avons déjà dit que, devant la Haute Cour, les témoins doivent témoigner par l'organe d'un *avantparlier*. Le langage de celui-ci pouvait faire aussi l'objet d'un *retenail d'amendement*. Le prolocuteur de la partie, qui a des témoins à produire, s'adresse ainsi au juge :

Sire veeis ci les garens dou tel, et il vous requierent conseill tel qui sache mostrer leur parole et leur garentie, si com il enchergent ; et s'il de ce obliast rien, que les garens peussent crestre et oster, se mestier fust, pour loyaument guarentir la pure vérité[1]. Lorsque le seigneur a fait droit à cette requête, les témoins doivent *enchargier à leur avantparlier que il die por eaus.*

De Fontaines ne donne aucune formule de retenail. Mais plusieurs passages de son livre démontrent avec évidence que, dans le droit du Vermandois, le retenail était la condition préalable de l'amendement[2].

Boutillier l'envisage de même[3].

L'importance juridique du retenail est déjà affaiblie dans les coutumes du Beauvoisis de Beaumanoir. A la vérité, il conseille au prolocuteur de commencer ainsi son discours : *Sire, je dirai pour Pierre par amendement de li et de son conseil*[4].

[1] Phil. de Nav., ch. 9. De même, Jean d'Ibelin, ch. 77 : *Veez ci les garens de tel... Donés leur conseill por leur parole dire de la garentie porter, ensi come il la li enchargeront.*

[2] XI, 9 ; XII, 3.

[3] Fol. 161, col. b.

[4] Beaumanoir, V, 7.

Digitized by Google

Mais sa parole n'est pas irrévocable si le retenail d'amendement a été omis. Le retenail n'est pourtant pas entièrement dépourvu d'effet. Beaumanoir distingue les trois partis que le client peut prendre relativement au langage du prolocuteur, l'avouer, le désavouer, et l'avouer par amendement [1]. Le désaveu seul rend passible d'amende. Car il se fonde sur ce que le prolocuteur a parlé contrairement à la volonté de la partie et au mandat qu'il en a reçu. La partie, qui n'a rien à critiquer dans son langage, l'approuve expressément ou tacitement. A-t-elle au contraire quelque modification a y apporter, c'est le cas de l'*avouer par amendement*. Elle peut le restreindre ou le compléter, selon que le prolocuteur a dit trop ou trop peu. Cela n'est pas considéré comme un désaveu, et le prolocuteur n'encourt pas l'amende. Mais cet *avouer par amendement* n'est admissible qu'autant que la réserve en a été faite. Au cas où l'avocat s'est engagé dans la plaidoirie sans retenail, la partie, interpellée si elle adhère à ce qu'il déclare, ne peut répondre que par oui ou par non, sans ajouter quoi que ce soit; sa réponse est-elle négative, le prolocuteur encourt l'amende. Les principes primitifs sont donc déjà remarquablement altérés dans Beaumanoir. Antérieurement, il n'y avait ni désaveu sans retenail ni amendement sans désaveu suivi d'amende contre le prolocuteur. Ici on admet le désaveu sans retenail, et en vertu du retenail

[1] *Ibid.* : S'il ne (r)etient l'amendement et il n'est avoués de Pierre por qui il plede, il quiet en le simple amende du segneur. — On pourrait être tenté de conclure par argument *à contrario* qu'en cas de retenail d'amendement un désaveu ne donnait lieu à aucune amende. Mais, selon nous, cette conclusion serait erronée. Au chapitre V, 14, il est dit d'une manière générale et absolue que tout prolocuteur désavoué est passible d'amende. Et à quoi bon l'avouer par amendement si le désaveu n'entraînait pas l'amende malgré le retenail? — Le passage précité, V, 7, continue ainsi : Et s'il retient l'amendement, il est en le volonté de Pierre pour qui il plaide d'oster ce qu'il a trop dit, ou de fere plus dire s'il a trop poi dit. — Ainsi qu'il résulte de la suite du texte, ce cas se distingue de ceux qui précèdent en ce que le prolocuteur peut être amendé saps désaveu et conséquemment sans amende : Mais que ce soit avant qu'il ait avoué se parole car puis qu'il a avoué ce qu'il dit por li, s'il ne l'*avoue par amendement*, il n'i pot puis ne metre ne oster; mais s'il l'avoua par amendement, il doit dire tantost ce qu'il y veut amender. Comp. Desmares, *Décisions* (dans Brodeau, *Coutume de Paris*), A, 412 : Il puet bien *amender ou desadvoer* la parole de son advocat.

Digitized by Google

un amendement sans désaveu et conséquemment sans amende contre le prolocuteur.

L'irrévocabilité de la parole prononcée en justice n'existe plus que d'une manière bien affaiblie dans les coutumes qui permettent à la partie d'amender sa propre parole, mais subordonnent cette faculté à des conditions déterminées. Bien qu'on y ait délaissé le principe, un homme, une parole, on a pourtant assujetti l'amendement par la partie de sa propre parole aux conditions et formalités auxquelles était soumis l'amendement de la parole d'autrui, tant que le principe susmentionné était encore en vigueur. La Bourgogne en donne prématurément l'exemple. Les *usage de Borgoigne*, lesquels, à en juger par l'application fréquente qui y est faite des Ordalies, doivent nécessairement remonter à la première moitié du XIIIe siècle, présentent au début de leur premier chapitre, la formule à l'aide de laquelle on se réserve l'amendement.

Quant on comence a plaidoiez on doit dire ensi : « *Je retieng mon mes-dit*[1] *jusqu'au jugement* », *Porce que se aucuns te prendroit à point qui deist : tu has ce dit, tu deveroie dire :* « *Je retient mon mes-dit, si amenderai adès ma paroles jusque à jugement.* » Il n'est pas douteux que c'est la partie elle-même ou son conseil et non le prolocuteur qui fait cette réserve. Le *prendre à point* ne peut s'appliquer à ce dernier.

La même coutume étend cet avantage aux témoins. Après avoir traité, dans le ch. 2, de l'offre de témoins, elle énonce les mesures à prendre pour les produire. Le conseil fait à cette occasion la réserve suivante : « Je trait ci mes tesmoins. Et se aucuns de lour defailloit, je vodroie havoir loisir d'avoir autre ou ciz ou au jour. Et si retie(n)g lor mesdit jusqu'au seirement. Ce est à dire que se aucuns deffailloit de sa paroles, je vodroie havoir loisir de l'amendez jusques à effaitement. »

Les témoins s'expriment eux-mêmes. Si l'un d'eux vient à méparler, le conseil amende sa parole. Il ne le peut toutefois que jusqu'à la tentative d'accommodement des points en litige, laquelle, d'après la coutume de Bourgogne, précède habituellement la prestation du serment des témoins, ainsi que l'emploi des autres moyens de preuve. Le conseil ne

[1] C'est évidemment ce mot qu'il faut lire et non celui de *mesoit* qu'on lit dans Marnier, *Ancienne coutume de Bourg.*, 3.

Digitized by Google

pouvant s'attribuer le rôle du témoin, son amendement ne répare pas par lui-même le méparler. Il faut que le témoin déclare se l'approprier. Il peut le faire jusqu'au serment, ou même dans la formule du serment. *Et au faire le seirment amenderoit sa paroles.* En comprenant dans la teneur de son serment l'amendement du conseil, il amende sa propre parole : le principe de l'irrévocabilité de la parole est par là percé à jour.

L'avis de Pierre de Fontaines, qui ne permet pas au conseil de se réserver l'amendement de sa parole, ne paraît pas non plus avoir été suivi dans les anciennes constitutions du Châtelet. Le retenail est ainsi conseillé dans l'article XL : *à l'entamer de ton plait pren te bien garde et en sois bien souvenans que tu faces protestacion ou bone retenue par l'amendement de ton conseil et ensi te porras garder et sauver;* dans l'article XV : *fai toujours protestacion et bone retenue par l'amendement de ton conseil;* et dans l'article LXVII : *faites tout jors protestacion et bone retenue d'aler avant par maniere d'action par l'amendement de vostre conseil.* Ces textes ne nous paraissent pas pouvoir s'appliquer au prolocuteur, mais bien à la partie. C'est la partie en effet qui a un conseil, le prolocuteur n'en a pas[1].

Le stylus curiæ parlamenti contient, I, cap. 16 de Duello, une formule particulière à l'usage du prolocuteur dans les actions de Duel[2]. Il demande à la cour l'autorisation de lui exposer la demande et s'exprime en ces termes :

Ce que j'entens dire et proposer contre luy, je le dirai comme advocat de ceans et pourtant que ma partie le me faict entendant et veut que je le dise et propose et m'en advouera, s'il lui plaist, et promis le m'a en présance de vous et le m'a baillé par escrit en substance et le tiens en ma main.

Cette autorisation, la cour la lui accorde virtuellement en lui recommandant de s'abstenir de toute *villainie.* Il débute alors ainsi :

Messeigneurs, je ne diray chose de quoy je ne soye bien advoué... et se Dieu plaist, je me garderai à mesprendre.

[1] L'article XXXV ne peut être d'aucun secours parce qu'il est évidemment altéré.

[2] Molinaeus, opp. III, 1677. Elle se trouve aussi dans le style de Normandie, ch. 72, *Mémoires de la Société des antiquaires de Normandie,* 2e série, 8e vol.

Digitized by Google

Et ce fait il doibt proposer son faict au mieux qu'il pourra au proffit de sa querelle par les plus belles paroles. Le retenail n'est pas direct, mais le droit d'amendement dérive de la promesse de ne rien dire qui ne soit avoué par la partie, et conforme à son mandat.

La procédure anglonormande connaît aussi le *retenail d'amendement.* On lit en effet dans les *Leges Henrici,* I, 46, § 3[1] :

Bonum est autem ut cum alicujus consilium in placito redditur, cum emendatione dicendum praedicatur, ut si forte perorator vel superadjecerit aliquid vel omiserit, emendare liceat ei. Saepe enim fit, ut in sua causa quis minus videat, quam in alterius et in ore alterius plerumque poterit emendari, quod in suo non liceret.

Dans ce passage, comme dans le reste du texte, ce livre justifie sa réputation d'obscurité. Voici néanmoins ce qui en ressort avec évidence : Nul n'est admis à amender sa propre parole. Par ce motif et parce qu'on est moins perspicace dans sa propre cause que dans celle d'autrui, il est utile de se munir d'un prolocuteur. En même temps, réserve doit être faite d'amender son langage. Moyennant cette réserve, l'amendement, *emendatio*, peut avoir lieu.

b) Pratique de l'amendement.

L'amendement renferme deux déclarations, l'une positive et l'autre négative. Le dire qu'il y a lieu d'amender doit être nié et remplacé par un autre. Souvent les deux déclarations sont séparées. La partie doit élever le contredit avant de formuler la rectification. La règle d'une dénégation préalable souffre exception dans le droit du Beauvoisis qui connaît, comme nous l'avons déjà vu, un *avouer par amendement.* Tandis qu'ailleurs le dire du prolocuteur devait être complétement reconnu ou contredit, Beaumanoir admet une reconnaissance partielle[2].

[1] Schmid, *Lois des Anglo-Saxons,* 455.

[2] L'approbation purement partielle d'une déclaration faite en justice était chose inconnue dans l'ancien droit. Un jugement, par exemple, ne pouvait pas être frappé d'appel pour partie; mais seulement dans son entier. Cf. les *Coustumes de la ville et septène de Bourges,* ch. 65 : Comment l'en ne peut pas approuver ung jugement en une partie et repprouver en l'autre. (Richebourg, *Coutumier général,* III, 882.)

Digitized by Google

a. Le contredit.

Le refus par la partie de s'approprier le dire du prolocuteur se manifeste soit par une déclaration spontanée, soit en réponse à cette interpellation si elle avoue ou désavoue le langage qui vient d'être tenu (*avouer*, *octroyer*, *garantir*, lat. *advocare*, *garantizare*, — *desdire*, *néer*, *contredire*, *rappeler*, *desavouer*.)

D'après le droit normand, il incombe au juge, après la plaidoirie du prolocuteur, de demander à la partie si elle l'avoue ou la désavoue. *Au juge est de faire advouer les advocas, quant ilz ont plaidié*[1]. Le jugement ne peut prendre en considération que ce qui a été expressément garanti par la partie. N'a t-elle pas dit en effet, en constituant le prolocuteur : *Cum pro me proposuerit quod injunxi, ipsum garantizabo?* Il en était de même dans le droit de Lille. Après chaque dire du prolocuteur, le juge interpellait la partie : *En ne dites vous chou?* Si elle l'acceptait, elle répondait *oil* et elle était liée. Dans le cas contraire, elle se référait à ce qu'elle avait dit au prolocuteur en le constituant : Dites chou que jou vos ai kierkiet[2].

Ailleurs, on considère comme émané de la partie chaque dire du prolocuteur qu'elle n'a pas expressément désavoué. Son silence fait présumer un *octroi* tacite. Si donc elle pense que le langage du prolocuteur lui est préjudiciable, c'est à elle à contredire et à amender. Les conseils doivent à cette fin prêter une attention soutenue. Les sources leur en font un devoir. Si l'un d'eux estime qu'un amendement est nécessaire, il doit, d'après Jean d'Ibelin, soit le produire immédiatement lui même, soit aviser secrètement la partie et son prolocuteur avant que la faute commise par celui ci entraîne les conséquences dommageables qu'elle comporte[3].

[1] *Coutume, style et usage de Normandie* (saec. XIV?), ch. 14.

[2] Roisin, *Franchises de Lille*, 22, nos 2, 6; cf. 78.

[3] Se autre la (parole) dit et il li semble que il i puisse amender, il le doit faire ou dire le priveement à celui, à qui conseill il est, et à celui qui a dite la parole et ayant que sele faute de quey celui qui aura dite la parole aura failli, grege ou puisse gregier à celui à qui conceill il est, si quil le puisse amender à hore et à tens sanz son damage. (Jean d'Ibelin, ch. 10.) Cf. *Très-ancienne coutume de Bretagne*, ch. 263 : Et si ung des conseils des parties cognoissoit aucune chose qui fust nuisible à son client... le client ou ung des autres conseillers le pourroient corriger avant jugement fait.

Digitized by Google

Du reste, dans le groupe même de coutumes qui admettent l'assentiment tacite, la partie peut être obligée de s'expliquer sur le langage tenu par son prolocuteur. L'adversaire est en effet autorisé à lui poser la question que, dans le droit normand, le juge a le devoir de lui adresser. L'octroi qu'il obtient d'elle lui procure l'avantage de la *prendre à point, à la parole* sur le champ. On lit encore dans un livre de droit du XIVe siècle pour le Poitou, le Livre des Droiz et des commandemens : *Quant aucun advocat a dit pour aucune partie, l'autre partie doit le faire advouer*[1]. Le *demander octroi* joue un rôle saillant dans les Assises de la Haute Cour. *Qui plaidoie en la Haute Court dou royaume de Jérusalem et de Chypre se doit travaillier de faire demander otroy à son aversaire pour prendre le point à point*[2]. C'est le terrain sur lequel la ruse et le talent de feindre trouvent le mieux à s'exercer. Celui qui veut réussir à prendre son adversaire au mot, doit avant tout prendre garde, en intervenant, d'appeler son attention sur la faute commise par son prolocuteur. Aussi, d'après Jean d'Ibelin, ch. 26, doit-on éviter de demander octroi, si on peut atteindre autrement son but. Car la question : *Otreiez vous celà*, peut exciter la défiance et inspirer l'idée de parer le coup par un amendement. S'il faut en venir là, ce doit être simplement et sans l'apparence d'une arrière pensée. *Et le face à meins de contenance que il pora de voleir le prendre à point por ce que de celle faute ne s'en gardent et l'amendent maintenant.* Si l'adversaire est tombé dans le piége, le rôle du *bon plaideur* est de faire ressortir aussi clairement que possible aux yeux des juges le vice du dire octroyé et ses conséquences. — Le *demander octroi* ne sert pas seulement à couper à l'adversaire la voie de l'amendement. On y recourt également pour lui donner l'occasion de méparler. Sa cause est-elle défendue avec prudence et habileté, on essaie de l'attirer dans une fausse voie. Après une plaidoirie irréprochable, on lui demande octroi comme si on voulait le prendre au mot. S'il se laisse éblouir, il désavoue à son détriment la parole de son prolocuteur.

Rien n'oblige du reste à fournir une réponse immédiate. La partie a le droit de conférer avec ses conseils et l'autorisa-

[1] Art. 533, éd. Beautemps-Beaupré. Comp. *Coustumes du Châtelet*, A, 35.
[2] Chef XI.

Digitized by Google

tion ne saurait lui en être refusée. Que celui qui veut procéder avec prudence aie donc ce soin de ne dire *chose en court de quoi son aversaire* li demande otroi, s'il ne le fait par le conseill de son conseill[1].

β. *Omission de l'amendement.*

Les coutumes assignent un ou deux termes à l'exercice du droit d'amendement. Un principe qui leur est commun est que la partie ne peut plus amender après avoir adhéré au dire du prolocuteur. L'octroi a partout pour effet d'anéantir le droit d'amendement, car la parole du prolocuteur acceptée par le client est considérée comme la sienne propre. C'est ce qui résulte de textes nombreux dont plusieurs déjà cités.

Jean d'Ibelin, ch. 27 : *Qui dit parole por sei en court ou que il otreie ce que son conseil a dit, il ne le peut puis desdire ne neer.*

Somma I, 66, § 4 : *Si autem garantizet, verbis prolocutoris jam prolatis non potest contraire.*

Beaumanoir, V, 7 : *Puisqu'il a avoué ce qu'il dit por li..., il n'i pot puis ne metre ne oster.*

Coust. du Chât. art. 35 : *Et quund il sera avoé, d'illuec en avant ne l'un ne l'autre ne puet rien adjouster n'en deffendant n'en demandant.*

Fleta, VI, 16 : *Si autem aliquis prædictorum articulorum in narrationne proposita omittatur narratio que a petente advocetur, ita quod error non possit revocari...*

Dans les coutumes où le juge était obligé, après chaque plaidoirie du prolocuteur, de demander au client s'il l'avouait, il n'y avait aucun besoin d'assigner à l'amendement une limite autre que l'octroi.

Il en était autrement dans les coutumes où la demande d'octroi était une libre faculté de l'adversaire. Faute par celui-ci de l'exercer, il devait y avoir un autre terme que la partie ne pût laisser passer sans se prononcer. Le terme extrême, qui n'a été dépassé nulle part, est le prononcé du jugement.

Jean d'Ib., ch. 11 : *Il et son conseill i poent amender ainz jugement, se il n'otroie ce que celui qui est à son conseill a dit por lui.*

[1] Jean d'Ibelin, ch. 22. — En Allemagne, le droit saxon est le seul où le juge demande l'aveu de la partie. (Siegel, *Erholung*, 16.)

Digitized by Google

Basse Court, ch. 133 : *celuy por qui il parle et son conceau y pueent bien amender, ains que le jugement soit dit.*

Dans la coutume de Bourgogne, on se réserve le droit d'amendement *jusque à jugement*. Il en est de même en Allemagne, à l'exception du droit saxon où, comme en Normandie, c'est le juge qui doit interpeller la partie et la mettre en demeure de se prononcer.

Un groupe de coutumes trace une limite plus étroite, et fixe un terme antérieur au prononcé du jugement. Nous avons déjà vu que dans la pratique du Parlement de Paris, adoptée par un certain nombre de coutumes, la Cour, avant de rendre jugement, demande expressément aux parties si elles veulent ouïr droit *secundum proposita*. Cette question ne doit pas être confondue avec le *demander octroi*, elle ne peut être posée qu'autant que les prétentions des deux parties ont été respectivement formulées, tandis que l'octroi doit être demandé après chaque déclaration prise individuellement. Le *ponere se in judicium*, *s'apuyer en jugement* a, pour le litige à vider, l'effet d'une *conclusio in causa*. Les parties renoncent par là à s'étendre davantage sur le point en question; l'octroi au contraire n'est que l'approbation des paroles déjà prononcées en leur nom. Si les parties ont demandé jugement, il ne leur est plus loisible d'amender la parole de leurs prolocuteurs. D'après de Fontaines XI, 8, le client ne peut désavouer le mesparler de l'emparlier qu'*ainz qu'il s'apuit à jugement* [1]. Beaumanoir, V, 7 tient le même langage : *il doit dire tantost ce qu'il y veut amender, avant qu'il s'apuie en jugement ; car puisque paroles sont couquiées en jugement, il n'i pot riens ne mettre ne oster*. Telle était la pratique de la Touraine. C'est ce qui résulte d'une ordonnance royale de 1277, rapportée dans les Olim : *nec in verbis illis super quibus fuerit litigatum et super quibus partes se supposuerint judicio, poterit a partibus aliquid immutari* [2]. Le Poitou suit la même

[1] Ou ains que l'autre partie mette en ni le maldit par usage de cort laie. Le sens de ces dernières paroles n'est pas clair. Elles n'indiquent pas une simple dénégation opposée aux allégations de l'emparlier de l'adversaire. Dans tous les cas, elles supposent l'octroi du client.

[2] *Olim*, II, 100, n° 9. Cf. un jugement de 1267, *Olim*, I, 706, n° 22 : « Dictum est et pronunciatum quod quandò litigatur in hac curia, aliqua parcium potest addere in causa sua et in dicto suo quousque verba parcium posita sint ad judicium. » Les coutumes de Ponthieu disent également :

Digitized by Google

règle, ainsi formulée dans l'article 652 du *Livre des Droiz : Quant l'advocat d'une partie se met soubz jugement de moz pladoïez, ce vault adveu par la coustume.*

Bien qu'à partir du *poser sur cour* la partie ne puisse plus user du bénéfice de l'amendement, il n'est pas défendu à l'adversaire d'invoquer dans son intérêt une parole irréfléchie qui lui serait échappée ultérieurement; c'est ce que décide un jugement du commencement du XIVe siècle, rapporté dans les *coutumes notoires, assises et ordonnances des cours et tribunaux de Picardie*[1]. Stéfanie, poursuivie en vertu d'une créance fondée sur titre, avait, par différents motifs, refusé de s'expliquer sur la demande. Après que les deux parties avaient requis jugement sur l'état de la cause (*eulz estans en jugement*), la défenderesse eut l'imprudence de déclarer qu'elle ne devait rien, qu'elle avait payé sa part de la dette. C'était reconnaître le titre qui servait de base à la demande. « *Se elle veult proposer quitanche ou paiement, je li ōrray, et se che non, je di que elle est atainte de le demande.* » Stéfanie objecte que ce n'est pas une réponse qu'elle a voulu faire puisqu'elle avait déjà requis jugement. Le demandeur persiste à soutenir *que si devoit comme elle l'eust dit en fache de juge et en court revestue d'ommes.* Et c'est en ce sens qu'est rendu le jugement.

γ. *L'amende.*

L'amende est prononcée à raison du contredit que le client élève contre la plaidoirie du prolocuteur. Le fait qui y donne lieu n'est donc pas l'amendement, mais bien le désaveu qui l'accompagne. En conséquence il n'y a pas d'amende lorsqu'au lieu de contredire, la partie *avoue par amendement*, ainsi que nous le voyons dans Beaumanoir.

La Somma et, pour le cas de désaveu, Beaumanoir font expressément mention de l'amende. D'après ce dernier, V, 14, le juge peut refuser à celui qui n'est pas son justiciable l'autorisation de remplir l'office de prolocuteur. Un clerc, par exemple, est exposé à ce refus devant une cour séculière.

On poet augmenter en son errement dusquez à tant que on sest mis e(n) jugement et fermés sus le principal de le cose. (Marnier, *Ancien coutumier inédit de Picardie*, 126. V. aussi *ibid.*, 30, n° 21.)

[1] Marnier, *Ancien coutumier de Picardie*, p. 27, c. 28. D'une personne qui dist volagement aucune cose en fache de juge partie présente.

Digitized by Google

Car s'il meffesoit ou s'il n'estoit avoés de se parole, ne porroit il être justiciés por l'amende ne por le meffait; il faudrait le renvoyer devant les juges ecclésiastiques [1].

On trouve, au sujet de l'amende, des indications nombreuses dans la *Somme rurale* de Boutillier :

Fol. 210, col. 3 : *Item si advocat en plaidant n'est advoue, il chet en dix solz d'amende.*

Fol. 208, col. 2 : *Item si advocat plaide sans avoir adveu de celluy pour qui il parle, amender le doit au juge a gaige ploie* [2], *et avec chet en amende de deux chappons au juge.*

Fol. 161, col. 2. *Et s'il advenoit que l'advocat ne fust advoue de son maistre et auroit dit chose contre l'honneur du seigneur, lors il doit être condemne en l'amende de XX solz.*

L'antinomie entre le premier de ces textes et le dernier, au sujet du chiffre de l'amende, n'est qu'apparente. Dans le dernier, le langage désavoué appelait déjà par lui-même une condamnation pécuniaire contre son auteur; la différence de chiffre est le résultat du cumul.

Le recueil des *Articles de Saint-Dizier* présente, sous forme de questions et de réponses, un exposé méthodique des principes essentiels de la procédure. Voici la partie de ce formulaire qui se réfère à notre sujet :

Loist-il au maistre [3] amender l'error de son advocat sens paine et sens corpe [4]?

Il li doit bien amender, mais ce n'est miez sens corpe.

Quelz est la corpe?

Elle est de trois s. se li faitres [5], *ou li corpables* [6], *ne se concorde en ce que ses advocas avera dit* [7].

[1] Comp. la *Très-ancienne coutume de Bretagne*, ch. 88; Bourdot de Richebourg, IV, 222, sur le procureur ou alloué : Et s'il est privilégié et justice seculiere ne le puisse justicier ou cas qu'il seroit... desavoué, par corps ou par meubles ou par terre, il ne devroit pas estre receu à procureur ne alloué par Cour seculiere.

[2] Gage ploié, — gage fourni. (Dupin et Laboulaye, *Glossaire*, v^is *Ploier l'amende*).

[3] Le client. On le désigne aussi sous le nom de seigneur.

[4] *Culpa*, amende.

[5] Faitres, — actor. Nous n'hésitons pas à lire *faitres*. Cette version s'appuie sur l'article 258. *Fautes*, dans le texte de Beugnot, n'a aucun sens.

[6] Reus.

[7] Art. 256, *l. c.* — *Olim*, II, 834.

Digitized by Google

Li quelz est tenu en la corpe, ou lis advocas ou les parties ?

Li advocas y est tenus [1].

Sur le quantum des amendes, il y a diversité. D'après Beaumanoir, le prolocuteur encourt la *simple amende*, laquelle est de 5 livres pour les hommes de poeste et de 10 livres pour les gentilshommes. Boutillier la fixe indistinctement à 10 sous et le droit de Saint-Dizier à 3. La Somma n'en donne pas le chiffre.

Britton expose ainsi qu'il suit le système de pénalité adopté à l'égard du *serjaunt* [2]. Dans les actions de duel, intentées pour crime, toute violation de la forme, en demandant ou en défendant, est punissable, dans quelque sens que se soit prononcée la partie. Le serjaunt désavoué est puni *par prisoun et par fin* [3], et la partie est tenue de faire un meilleur choix [4]. S'il y a aveu de la partie et par suite déchéance de son appel ou de sa réponse, le *serjaunt* subit un amerciament de 100 livres, parce qu'il devait connaître les exigences de son art, *se diust conustre en le mester de counter.*

8. *Le dire d'amendement.*

Avant de se prononcer sur la demande d'octroi, la partie pouvait demander l'autorisation d'en conférer avec ses conseils. Si, à l'issue de cet entretien, elle croyait devoir amender, il lui était loisible de le faire personnellement, ou par l'organe de l'un des membres de son conseil. Le droit, pour le conseil, d'amender était, comme nous l'avons déjà vu dans le texte des formules, réservé par le prolocuteur dans le *retenail d'amendement*. Sans attendre une demande d'octroi, un membre du conseil pouvait interrompre le prolocuteur et amender son dire [5]. Naturellement, la partie n'était pas obli-

[1] Art. 257, *l. c.*

[2] I, ch. XXIII, §§ 6, 7. — Nichols, I, 101, 102.

[3] « Misericordia mulcta lenior... graviores... mulctas fines vocant. (Schmid, *Histoire des Anglo-Saxons*, gl. 632.) Sur les *fines*, voir Gneist, *Droit administratif anglais*, I, 185.

[4] Et s'il (le serjaunt) soit disavowé, si soit puni par prisoun et par fin et il se purvoye de meillour serjaunt.

[5] Et aussi peut le conseil corriger son client. (*T. A. C. de Bret.*, ch. 263, *B. de R.*, IV, 262.) V. aussi Jean d'Ibelin, c. 10. Comp., pour le droit allemand, la controverse sur le rôle des auxiliaires dans Homeyer, *Sentier du droit civil* (en allemand), 425 *c.*

Digitized by Google

gée d'accepter cet amendement; elle avait la faculté de le désavouer, si elle le jugeait convenable. Enfin, le prolocuteur s'apercevant de sa faute est admis à l'amender lui-même. C'est du moins ce que nous voyons dans Beaumanoir, V, 8 : *Mais s'il dit par amendement, li dis pot estre dis par li ou par aucun des autres, s'il li plest ou à le partie qui plede.* L'amendement que la partie n'a pas prononcé elle-même est régi par les mêmes principes que le dire du prolocuteur : ou le juge a le devoir, ou l'adversaire a la faculté de demander l'octroi.

Le désaveu et l'amendement n'ont dû se produire d'une manière distincte et séparée qu'autant que la partie, sur l'interpellation soit du juge, soit de l'adversaire, était obligée de répondre catégoriquement oui ou non. Autrement, la partie ou son conseil pouvaient, paraît-il, amender sur le champ, sans désaveu exprès. On s'explique par là comment une distinction a pu s'établir entre un désaveu absolu et un amendement partiel, à l'effet de restreindre, dans l'intérêt du prolocuteur, les cas d'amende [1]; s'il ne s'agissait que de compléter le dire ou de le limiter, c'était l'amendement dans le sens restreint, et en pareil cas il était permis à la partie *d'avouer par amendement.* C'est ce qu'admet Beaumanoir, et parallèlement il fait figurer la faculté de désavouer en l'absence même d'un *retenail d'amendement*. Déjà, de Fontaines donne lieu de remarquer que la notion de l'amendement est devenue incertaine. D'après la coutume de Vermandois, il n'était permis d'amender qu'autant qu'il y avait eu *retenail d'amendement*. A ce sujet, l'Auteur du Conseil pose la question de savoir si le droit d'amendement renferme celui de désaveu. Celui-là, observe de Fontaines, t'a mal instruit qui t'a dit que la dénégation pure et simple des paroles du prolocuteur ne doit pas recevoir la dénomination d'amendement, mais celle de *rapel*, qu'il n'y a amendement qu'autant qu'on ajoute ou retranche aux paroles prononcées, et non si on y oppose une dénégation complète, que conséquemment le client ne peut désavouer le langage du prolocuteur, si celui-ci n'a pas, indépendamment de l'amendement, compris dans son retenail *un droit de rapel.* Cette opinion n'est

[1] Cette tendance se comprend et devait réussir. On se rappelle que les membres mêmes de la Cour remplissaient souvent le rôle de conseils ou de prolocuteurs.

Digitized by Google

pas soutenable. Celui qui l'adopte, *il ne prent mie bien garde à reson, car cil amende bien qui de malvais estat met en bon.* Et faisant un appel au droit écrit, de Fontaines cite la l. 3, Cod., *De errore advocatorum* (II, 10), qui autorise expressément le désaveu d'une déclaration erronée de l'avocat [1].

Le but de de Fontaines, dans cette controverse, est de combattre cette conséquence de l'opinion contraire, que, pour être admis à désavouer, il faut avoir joint au *retenail d'amendement* un *retenail de rapel.* Mais la loi romaine qu'il cite, et avec laquelle concorde la procédure canonique de cette époque, aurait dû amener à admettre le désaveu, même sans retenail. Alors, l'idée de l'amendement pouvait, sans préjudice du *droit de rapel*, être renfermée dans un sens plus restreint et opposée à la négation pure et simple, ainsi que l'usage s'en est introduit dans le langage parlementaire moderne. On voit par cette polémique de de Fontaines, et par son argumentation, que la transformation de l'idée de l'amendement, consommée depuis dans Beaumanoir, était déjà commencée : séparation de l'amendement et du désaveu; pourtant pas d'exclusion du désaveu, s'il n'y avait eu qu'un retenail d'amendement, et même admission du désaveu en l'absence complète de retenail.

5. *Conseil et amendement au serment.*

Il n'y eut pas d'amendement du serment tant qu'il ne fut pas permis de revenir sur sa propre parole [2]. L'amendement était alors restreint au cas où on pouvait parler par l'organe d'un autre, ce que la nature du serment ne comportait pas. Lorsqu'il y avait un serment à prêter, le prolocuteur cessait de fonctionner comme tel. Ce n'est pas que le concours d'auxiliaires ait été exclus. Le prolocuteur lui-même pouvait assister sa partie, mais seulement comme conseil et non comme *avantparlier*.

La coutume de Rheims, dans la rédaction de 1481, fait mention de conseilliers à propos du serment; mais l'obscurité du texte ne permet d'en tirer avec certitude aucune conclusion qui ne serait pas confirmée par d'autres sources. Les

[1] De Fontaines, XI, 10.
[2] Comp. Siegel, *Erholung*, 26.

Digitized by Google

Franchises de Lille sont, sur ce sujet, claires et explicites. Demandeur et défendeur se font présenter à la cour par leur prolocuteur ou par tel autre, qu'à raison de cet office on désigne sous la dénomination de *présenteres*. Celui-ci doit, sous peine de 60 sous d'amende, adresser au juge la question suivante : sire Prévost, puet-il aler as Sains? Si l'autorisation est accordée, il indique à la partie comment elle doit placer la main, après quoi il s'écrie : *Metes sus, si tenes tout coit* [1]. La partie doit alors mettre la main droite sur les reliques, le pouce rentrant sous la main, et prononcer la formule du serment [2].

Les femmes jouissaient d'un privilége particulier. Elles n'étaient pas dispensées des formalités prescrites; mais, comme un mouvement prématuré de la main pouvait leur faire encourir la déchéance, le *présenteres* mettait sa main sur la leur à l'effet de la fixer dans la situation voulue. Cette faveur est motivée sur ce que *femme est de hastive et de volage corage plus que li hom ne soit* [3].

La coutume de Rheims de 1481, mettant à l'écart le principe *un homme, une parole*, autorise l'amendement du serment. Craint-on de s'être mépris dans le prononcé de la formule, on peut la prononcer de nouveau, en la reprenant, bien entendu, à son début. Il ne suffirait pas d'en corriger ou d'y ajouter quelques mots. La formule tout entière doit être prononcée d'une manière irréprochable. Il est loisible de la répéter plusieurs fois, néanmoins cette faculté cesse dès qu'on a baissé la main. L'acte de *baisser sa main* a la valeur de *conclusio in causa*. Il produit notamment cette importante conséquence pratique que la partie ne peut attendre un jugement des échevins sur le point de savoir si le serment est bien ou mal prêté, pour l'amender dans ce dernier cas. Ce jugement, qu'elle est censée avoir requis en baissant la main, constate et apprécie le serment sans aucun retour possible [4].

Le droit anglonormand sur ce sujet est également utile à

[1] Du latin *quietus*.

[2] Roisin, 34, n° 11. C'est à tort que Brun-Lavainne, dans le sommaire de ce chapitre, fait prononcer la formule du serment par le *présenteres*.

[3] Roisin, 31, n° 1. Sur les priviléges des femmes dans le droit allemand, comp. Siegel, *Erholung*, 29 et suiv.

[4] Sur l'amendement du serment dans le droit allemand, comp. Siegel, *Erholung*, 37 et suiv.

Digitized by Google

connaître. Les *Leges Henrici primi* exposent que, relativement à l'amendement du serment, les coutumes se partagent en deux classes. Dans le Hampshire [1], le *juramentum fractum* n'est pas susceptible d'amendement. Dans d'autres localités, au contraire, on peut répéter la formule autant qu'on le veut. L'amendement est permis jusqu'au jugement qui décide si le serment est bien ou mal prêté [2].

L'amendement du serment ne nous offre pas le seul exemple de l'affaiblissement successif du formalisme. Dans le cours de ce travail, nous avons vu maintes fois le droit strict perdre de sa rigueur. Ce fait s'est produit dans les parties même de la procédure qui n'avaient pas subi l'influence du droit étranger. Il provient conséquemment du développement spontané du droit national. En France, comme en Allemagne, ce droit a suivi sur beaucoup de points un développement analogue à celui qui, dans les deux pays, s'est produit par l'effet de la réception des idées cosmopolites de droit et de procédure auxquelles la Rome antique et celle du moyen âge ont donné naissance.

D'après une opinion accréditée, l'ancienne procédure française, informe et grossière, ne serait parvenue à une forte organisation et à un formalisme perfectionné, que par suite des réformes commencées sous Saint-Louis et sous l'influence des droits étrangers [3]. Cette opinion n'est pas soutenable. On s'imagine à tort qu'à l'époque dite féodale les différends étaient vidés avec une simplicité patriarcale, quand le combat judiciaire n'était pas appelé à les trancher [4]. Une étude approfondie démontre que ni l'obscurité ni la confusion ne sont les caractères distinctifs de cette époque, mais, au contraire, cette rigidité de la pensée juridique, qui signale, à son point de départ, le développement normal du droit. Le droit

[1] « In Hamtescira, qui verborum jurat observantiis, semel juret, et in eo lapsus vel elapsus judicetur.

[2] C'est ainsi que nous comprenons ce passage assez obscur : « In quibusdam locis, quotiens velit, juramentum repetat, donec efficiet vel deficiat (sc. donec quod effecit vel defecit judicatum fuerit).

[3] Comp. Odier, *Esquisse du droit féodal*, 435 ; Beugnot, *Assises*, I, 58, n° *a*.

[4] Telle est l'erreur favorite de Meyer, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires*, III, 78, 139 et suiv., 5.

Digitized by Google

public et privé de l'Angleterre et du nord de l'Amérique montrent bien où ces débuts pouvaient conduire, en dehors d'une influence sérieuse du droit étranger. Nous disons le droit public, car cette branche du droit est étroitement liée à la procédure, dans laquelle elle se reflète.

Nous ne sommes nullement autorisés à regarder de notre hauteur, et avec le sourire du dédain, le rigide formalisme de la procédure germanique, tant que nous-mêmes nous devons nous efforcer de maintenir l'État et le droit sous l'empire de formes fixes. Sans s'exagérer le mérite de l'ancienne procédure française et du droit public qui y correspondait, il faut reconnaître qu'ils avaient le grand avantage de ne pas placer l'individu en tutelle. La masse prenait souci de la forme, parce qu'après tout c'était elle qui protégeait le mieux contre l'arbitraire des particuliers, sans nécessiter une tutelle générale. Il est facile de dire que le fond doit être mis au-dessus de la forme; mais il n'est pas indifférent de savoir par qui et comment. En France et ailleurs, il vint un temps où, s'affranchissant du formalisme germanique, on mit ou crut mettre le fond au-dessus de la forme. Mais, avec le respect de la forme, est tombée l'énergie de la volonté collective, et la société s'est habituée à voir l'État conduire et diriger d'office l'individu dans les diverses phases de la vie, à peu près comme, dans l'ancien droit de Lille, l'emparlier, sur l'invitation qui lui en était faite, guidait au serment la main de la femme, *parceque femme est de hastive et de vollage corage.*

HECQUET DE ROQUEMONT.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

1084 — Paris.— Imprimerie Cusset et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DE LA COMPENSATION PAR VOIE DE DÉDUCTION EN DROIT FRANÇAIS.

Par Léopold Thézard, avocat à la Cour d'appel de Poitiers, professeur de Code civil à la Faculté de droit.

I.

Dans le droit romain, la compensation proprement dite n'était pas considérée comme un mode d'extinction des obligations ; quand deux personnes se trouvaient respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre, les deux obligations coexistaient ; mais si l'un des créanciers qui était en même temps débiteur, actionnait l'autre, celui-ci pouvait, au moyen d'une exception de dol, écrite ou sous-entendue dans la formule, amener le juge à déduire de la condamnation à prononcer la somme dont le demandeur était redevable de son côté. La balance des deux créances s'opérait ainsi *officio judicis*, et non par l'effet de la loi.

Cependant, en certaines matières, il y avait une compensation d'une nature particulière, qui n'avait point lieu par l'office du juge, mais qui devait être faite à l'avance par le demandeur : c'était le cas de la compensation imposée à l'*argentarius*, et de la *deductio* imposée au *bonorum emptor*.

Attachons-nous plus spécialement à la compensation de l'*argentarius*, dont l'analogue se retrouve en droit français. A propos de cette compensation, après avoir parlé de celle qui s'opère *officio judicis*, Gaïus ajoute :

« Il en est autrement de l'action qui est exercée par un *argentarius ;* il est obligé d'agir compensation faite; car les termes de la formule comprennent la compensation. Ainsi, l'*argentarius*, faisant dès le principe sa compensation, détermine le chiffre de son *intentio* à une somme moindre; si par exemple, il doit 10,000 sesterces à Titius, et que Titius lui en doive 20, il formulera ainsi son *intentio :* S'il paraît que Titius doit donner au demandeur 10,000 sesterces, pour l'excédant sur ce qu'il doit lui-même à Titius[1]. »

[1] G., IV, 64.— « Alia causa est illius actionis qua argentarius experitur : « nam is cogitur cum compensatione agere ; cum compensatio verbis for- « mulæ comprehendatur. Itaque argentarius, ab initio compensatione facta,

Digitized by Google

Le cas prévu par Gaïus est celui d'un *argentarius* ou banquier qui a ouvert un compte courant à un citoyen ordinaire; ce banquier ne peut pas réclamer à son client le montant intégral des avances qu'il lui a faites, sauf à celui-ci à opposer la compensation de ce qu'il a versé de son côté. Il n'y a pas alors deux dettes différentes destinées à se paralyser mutuellement jusqu'à due concurrence par l'office du juge; il y a une seule dette, dont le chiffre est déterminé par la balance du compte; et l'*argentarius* n'est créancier que du solde. Les versements faits par le client semblent être moins des prêts (*pecunia credita*) opérant obligation, que des payements partiels éteignant la dette *ipso jure* vis-à-vis de l'*argentarius*. Ces versements peuvent cependant différer des payements, en ce qu'ils peuvent avoir précédé les avances de l'*argentarius*. Mais dans tous les cas, la série d'opérations qui est intervenue ne constitue qu'une seule créance pour le montant du solde ou reliquat.

Et de là cette conséquence rigoureuse : si le banquier élève sa demande au-dessus de ce solde, fût-ce d'un seul sesterce, il commet une plus-pétition, et perd son procès (G., IV, 68). De là semble aussi découler un autre résultat : si le débiteur paye à l'*argentarius* au delà du solde du compte, et sans opérer la compensation, il répétera par la *condictio indebiti*, et seulement en cas d'erreur; au contraire, celui qui aura payé une dette ordinaire à laquelle il pouvait opposer une compensation, n'aura pas besoin de recourir à la *condictio indebiti;* qu'il ait payé sciemment ou non, il agira par l'action attachée à sa propre créance, laquelle est demeurée intacte.

II.

Faut-il admettre dans notre droit français une déduction ou compensation semblable à celle de l'*argentarius*, à côté de la compensation légale, judiciaire ou facultative ?

La question, au premier abord, paraît oiseuse. La compensation est rangée par le Code civil parmi les modes d'extinction des obligations au même titre que le payement; elle s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à

« minus intendit sibi dari oportere; ecce enim si sestertium X millia de-
« beat Titio, atque ei XX debeat Titius, ita intendit, *si paret Titium sibi*
« *X millia dare oportere amplius quam ipse Titio debet.* »

Digitized by Google

l'insu des débiteurs (art. 1290). Elle fait donc, une fois ses conditions d'existence réunies, qu'il ne subsiste plus qu'une seule obligation, se chiffrant par l'excédant d'une dette sur l'autre. Il est impossible d'arriver à un résultat plus énergique; les principes rigoureux du droit romain sur la plus-pétition n'ayant plus d'application, il n'y a aucune différence entre une compensation qui opère *ipso jure* et un payement.

Oui; mais cela suppose que les deux dettes sont de choses fongibles entre elles, également exigibles et également liquides. Si ces conditions ne sont pas réunies, les deux dettes coexistent, et il ne peut y avoir lieu qu'à la compensation judiciaire ou facultative.

Si, par exemple, l'une des deux dettes n'est pas liquide, voici les résultats qui se produisent :

1° Le créancier de la somme liquide peut poursuivre son payement, sans qu'on ait droit de lui opposer la compensation d'une somme non liquide; s'il a un titre exécutoire, il peut procéder à l'exécution.

2° Si l'une des personnes respectivement créancières et débitrices cède sa créance à un tiers, la cession est valable, et la compensation ne pourra être opposée au cessionnaire.

3° Les créanciers de l'une des personnes entre lesquelles existent des dettes respectives non liquides, peuvent faire pratiquer une saisie-arrêt aux mains de l'autre pour tout ce qui est dû à leur débiteur, sans que le tiers-saisi puisse déduire ce qui lui est dû à lui-même [1].

[1] Ces deux propositions, que la plupart des auteurs émettent sans discussion, nous semblent devoir être entourées de certaines réserves, surtout si le débiteur cédé ou tiers-saisi est créancier d'une somme liquide et débiteur d'une somme non liquide. Par exemple, je suis créancier de Primus d'une somme de 10,000 fr. liquide et exigible. Primus, de son côté, prétend être mon créancier d'une somme non liquide, par exemple pour dommages-intérêts; il cède cette créance à un tiers : ne pourrai-je pas faire valoir contre ce tiers la compensation des 10,000 fr. qui me sont dus, absolument comme si j'avais payé cette somme à valoir sur le chiffre indéterminé de la créance de Primus? De même, si les créanciers de Primus viennent saisir-arrêter la somme que je lui dois, je pourrai, dans ma déclaration, produire comme cause de libération totale ou partielle, au même titre qu'un payement à compte, la somme liquide qui m'est due.— Nous serions même porté à aller plus loin, et à supprimer tout à fait l'influence de la non-liquidité en matière de saisie-arrêt. Le tiers saisi, débiteur d'une somme liquide, et créancier d'une somme non liquide vis-à-vis du débiteur saisi, n'aurait-il pas le

Digitized by Google

4° En cas de faillite, la libération opérée par voie de compensation conventionnelle avec une dette non liquide sera nulle, si elle a été consentie depuis la cessation des payements ou dans les dix jours qui ont précédé (art. 446 C. com.); à plus forte raison ne pourra-t-on réclamer vis-à-vis de la masse la compensation pour dettes non liquides; le tiers qui sera créancier et débiteur du failli devra payer intégralement ce dont il est débiteur, et il viendra au marc le franc pour la somme dont il est créancier.

5° Si les deux dettes ne sont pas également liquides, et que l'une d'elles soit productive d'intérêts, l'autre non, les intérêts courront pour l'intégralité de la première.

6 Si une personne, créancière et débitrice vis-à-vis d'un tiers de sommes non liquides, ou liquides d'un côté seulement, fait un legs universel de son mobilier, le légataire aura droit à l'intégralité de la créance du défunt; et il ne sera tenu de payer la dette qu'au prorata de la valeur de son legs, proportionnellement avec les autres successeurs du défunt. Si au contraire les créances respectives avaient été liquides, le légataire du mobilier aurait pris la créance telle qu'elle était, c'est-à-dire éteinte ou réduite, et il aurait ainsi supporté seul la charge de la dette qui opérait compensation.

A tous ces points de vue, les créances non liquides ne s'annulent pas réciproquement; et les conséquences de ce fait peuvent n'être pas provisoires et momentanées, mais au contraire définitives et irréparables.

III.

Cela étant, n'y a-t-il pas dans notre droit des hypothèses où, deux personnes étant obligées l'une envers l'autre, on ne doit pas les considérer comme respectivement créancières et débitrices, mais où il faut, *que les sommes soient ou non liquides*, admettre l'existence d'une seule créance et d'une seule dette, résultant de l'excédant d'un compte sur l'autre?

droit, dans sa déclaration, de faire valoir sa propre créance, si elle pouvait se liquider pendant l'instance en validité? Le saisissant ne peut avoir un droit plus étendu que celui du débiteur saisi; dès lors que le principe de la créance du tiers-saisi existe lors de la saisie-arrêt, la liquidation seule établira sa véritable situation.

Digitized by Google

Si l'on admet l'affirmative, on trouve en dehors de la compensation proprement dite une théorie tout à fait analogue à celle de la compensation de l'*argentarius*, ou de la déduction; on arrive à faire opérer les divers éléments d'un compte entre les parties, abstraction faite de toute condition de liquidité, de façon qu'il n'y ait qu'une seule créance, dont le chiffre est donné par un excédant.

Eh bien! ces hypothèses existent, et en assez grand nombre, dans notre droit, ou plutôt la nature même des rapports juridiques les impose à notre esprit. Il faut reconnaître des hypothèses où, sans considérer la liquidité des droits respectifs des parties, leurs obligations se ramènent à une dette unique, où il faut nécessairement attendre le résultat de la liquidation totale pour constater la somme due par l'une des parties à l'autre.

a) L'exemple le plus frappant est celui du *compte courant*, qui rappelle de tous points la compensation de l'*argentarius* du droit romain. Dans le compte courant, il n'y a point une série de dettes et de créances naissant respectivement des avances successives de chacune des parties; il y a un enchaînement indivisible d'opérations, une créance mobile et variable, dont le chiffre se fixe au moment du règlement définitif. Cette idée a souvent été appliquée par la jurisprudence, notamment pour déterminer l'étendue du cautionnement et de l'hypothèque attachés au compte courant (Cass., 17 janvier 1849, D. P. 49, 1, 49. — Rouen, 19 janvier 1849, D. P. 51, 1, 128. — Cass., 6 mai 1868, D. P. 68, 1, 316). Il a été jugé aussi très-justement : que le droit de saisie-arrêt ne peut s'exercer que sur le résultat définitif du compte courant; que les engagements en cette matière étant réciproques et indivisibles, l'exécution n'en peut être entravée par le créancier, sauf son droit sur le solde qui pourra revenir à son débiteur; qu'ainsi la saisie-arrêt ne peut ni arrêter le cours des opérations convenues entre le créditeur et le crédité, ni détourner les valeurs respectivement engagées de la destination qui leur a été assignée par la convention (Paris, 27 janvier 1855, D. P. 1855, 2, 241).

Ainsi, en matière de compte courant, il n'y a pas compensation proprement dite; il y a unité d'obligation; et lors même que certains éléments du compte seraient liquides,

Digitized by Google

d'autres non, on ne saurait faire abstraction des éléments non liquides ; il faut toujours attendre l'apurement pour fixer définitivement la balance et le reliquat dû à l'une des parties.

b) Un autre exemple non moins frappant se présente dans la liquidation d'une communauté dissoute. Des indemnités sont dues à la communauté par chacun des époux, et par la communauté à chacun d'eux. Il y a donc à faire quatre comptes, dont les éléments sont presque toujours non liquides ; mais tous ces comptes aboutissent à un solde créditeur au profit de l'un des époux ou de ses héritiers ; et ce solde doit se payer soit sur les valeurs de la communauté, soit sur les biens de l'autre époux. Faut-il considérer dans chacun de ces comptes des créances distinctes, ayant une existence propre et séparée ? La négative nous semble évidente ; la communauté est un être fictif introduit pour la commodité des opérations ; les créances et les dettes qui entrent en compte sont les éléments d'une liquidation d'ensemble dont il faut considérer uniquement le résultat.

Nous fûmes consulté, il y a quelque temps, sur une hypothèse qui mettait ce principe en lumière. Un homme, marié sous le régime de la communauté légale, avait fait un testament par lequel il instituait un légataire de tout son mobilier, et laissait ses immeubles à ses héritiers. L'actif proprement dit de la communauté (meubles corporels, créances contre des tiers, etc.), était de peu de valeur. Mais le défunt devait à la communauté une importante indemnité pour des cheptels placés sur ses immeubles propres, et la femme survivante devait, pour la même cause, une indemnité à peu près égale. Le légataire des meubles émettait la prétention de se faire attribuer la moitié de l'indemnité due à la communauté par la femme survivante, comme créance revenant à la succession du défunt, sauf à contribuer avec les héritiers au payement de la moitié de l'indemnité due par cette même succession : il se fondait sur ce qu'il ne pouvait y avoir eu compensation au moment du décès entre les deux indemnités qui n'étaient pas liquides.

Nous répondîmes que le légataire du mobilier nous semblait avoir droit seulement au reliquat qui serait attribué à la succession du défunt, balance faite des divers comptes. Il ne s'agissait pas là de deux créances, mais d'une créance unique,

Digitized by Google

éventuelle quant à sa détermination ; les règles sur la liquidation de la communauté ne permettent pas qu'on scinde les opérations de façon à créer des droits effectifs en dehors du résultat final ; il y a une seule et même opération conduite *uno spiritu* jusqu'au partage définitif (art. 1474 C. civ.).

Cette manière de voir a reçu récemment la consécration de la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 mai dernier, dont nous empruntons la notice au journal *le Droit* (16 mai 1872) :

« L'article 1289 du Code civil sur la compensation est inapplicable au règlement des rapports entre la communauté et les époux.

« La communauté n'étant que la caissière des époux, les sommes qu'elle touche pour le compte personnel de l'un d'eux, et celles qu'elle débourse dans ce même intérêt personnel, donnent lieu à un compte dont la balance, au jour de la dissolution de la communauté, constitue son doit ou son avoir.

« En conséquence, lorsque la communauté se dissout par la mort de la femme, qui a légué tout son actif mobilier à son mari, et ses immeubles à un autre, le mari ne peut prétendre droit à toutes les sommes encaissées par la communauté pour le compte de la femme, sans en déduire les récompenses dues par celle-ci, sauf à contribuer au payement de ces dernières, dans la proportion de la valeur des meubles comparée à celle des immeubles.

« En pareil cas, le mari légataire des meubles n'a droit qu'à la somme due à la femme par la communauté, déduction faite des récompenses, c'est-à-dire de la balance active du compte au jour son décès [1]. »

c) La même solution devrait être donnée en matière de société, de mandat, de gestion d'affaires, de tutelle, et en général dans tous les cas où d'une même cause sort un ensemble d'opérations indivisibles, ayant un rapport commun, et devant aboutir à une liquidation unique. Alors, en effet, le principe générateur des obligations respectives est tel qu'on ne peut séparer quelques-uns des éléments sans fausser

[1] C. de cass., ch. civ., audience du 15 mai 1872, présidence de M. Devienne, premier président. Cassation d'un arrêt de la Cour de Rouen (*aff.* Davier c. demoiselles Roger), en date du 4 mai 1869. M. Greffier, rapporteur, M. Charrins, avocat général (conf., plaidant MMes Bosviel et Pimel).

Digitized by Google

l'ensemble. Ainsi, un associé ne pourrait céder les sommes liquides que lui devrait la société pour des avances, lorsqu'il serait débiteur de cette même société pour cause non liquide : l'associé n'a point contre la société des créances déterminées à telle ou telle somme, mais une créance unique et éventuelle, subordonnée au compte définitif à établir.

Cette théorie de la créance unique en matière de comptes trouve son appui dans les textes du Code civil et du Code de procédure (art. 474 C. civ., art. 540 C. pr. civ.), qui prennent pour base du droit la fixation du *reliquat*.

d) Lorsqu'une personne, obligée de remettre un immeuble à la suite d'une revendication, d'une obligation au rapport, ou autrement, doit des indemnités pour détérioration, et a droit, d'autre part, à un remboursement d'impenses ou d'améliorations, il faut suivre les mêmes principes : les indemnités réciproques ne peuvent pas se séparer, et le droit de rétention de la chose se rattache à la déduction même qui se fait sur les restitutions.

IV.

Faut-il aller plus loin dans cette généralisation et étendre cette solution à tous les cas où les droits de deux parties procèdent *ex eadem causa*, *ex eodem contractu*, et ont toutes les deux pour objet des sommes d'argent? Faut-il alors, même quand les sommes ne sont pas liquides, n'admettre qu'une seule créance devant résulter du règlement définitif des droits des parties, ou au contraire considérer deux créances distinctes qui auront leur existence séparée, jusqu'au jour où elles auront été liquidées?

La question s'est présentée dernièrement devant la Cour de Poitiers dans des conditions remarquables.

Un entrepreneur, nommé Lacoste, avait exécuté certains travaux pour la Compagnie des chemins de fer de Vendée, et restait créancier d'une partie du prix de ces travaux. Une clause particulière du contrat obligeait Lacoste vis-à-vis de la Compagnie à indemniser celle-ci de toute responsabilité relative aux accidents qui pourraient se produire au cours des travaux. Or un ouvrier, le jeune Guézec, avait péri par un accident dont l'entrepreneur était responsable. Lacoste étant tombé en faillite, une action avait été formée par le

Digitized by Google

père de la victime, tant contre le syndic, à raison de la responsabilité personnelle du failli, que contre la Compagnie comme civilement responsable. Cette double action avait été admise, et Lacoste et la Compagnie avaient été solidairement condamnés à payer une indemnité de 3,500 francs.

Devant la Cour d'appel, la Compagnie soutenait, vis-à-vis de la faillite Lacoste, que l'indemnité qu'elle serait obligée de payer à Guézec devait venir en déduction sur les sommes dues à Lacoste pour ses travaux, et réduire d'autant la créance de celui-ci. En effet, obligée de payer cette indemnité, elle avait droit de la faire supporter définitivement à Lacoste, aux termes mêmes du contrat d'entreprise passé entre eux. Ce n'était pas une compensation que voulait établir la Compagnie ; cette compensation eût été impossible, attendu la non-liquidité des créances respectives ; c'était une déduction, d'après laquelle la créance de Lacoste serait fixée à un reliquat, résultant de la balance de toutes les obligations respectives nées du contrat.

La Cour d'appel repoussa cette prétention par un arrêt ainsi conçu dans la partie relative à la question[1] :

« Attendu que la dette de la Compagnie envers Lacoste, résultant de certains travaux exécutés par celui-ci, n'est pas liquide; que celle de Lacoste envers la Compagnie, telle qu'elle pourrait résulter du payement qui serait fait par celle-ci de tout ou partie des condamnations prononcées contre Lacoste au profit de Guézec père, n'est pas liquide non plus, et n'est même pas encore certaine; que l'extinction mutuelle, jusqu'à due concurrence de ces dettes, ne peut donc s'opérer par la compensation qui ne s'opère qu'entre dettes également liquides et exigibles ;

« Attendu que cette extinction des deux dettes, jusqu'à due concurrence, n'a pu se réaliser davantage par la confusion[2], c'est-à-dire par la réunion sur la tête de la Compagnie de la double qualité de créancier et de débiteur de Lacoste; qu'en effet, dans l'espèce actuelle, la confusion ne pourrait être que le résultat d'un compte courant entre le débiteur et le

[1] Ch. civ., 7 août 1821, M. Mauflastre, f. f. pr. ; M. Périvier, pr. av. gén., plaid., Me Bourbeau pour la Compagnie, Me Lepetit pour le syndic Lacoste.

[2] La Cour substitue ici le mot et l'idée de *confusion* à ceux de *déduction* qui avaient été proposés par la Compagnie.

Digitized by Google

créancier; que ce compte courant, qui n'était pas d'ailleurs une conséquence nécessaire du contrat qui liait la Compagnie à Lacoste, n'a jamais de fait existé entre eux; que Lacoste n'a jamais été le débiteur de la Compagnie, son rôle consistant uniquement à recevoir le prix des travaux qu'il exécutait pour elle; que ce compte, eût-il existé, aurait pris fin légalement le jour de la déclaration de faillite de Lacoste, c'est-à-dire à une époque où l'action en dommages-intérêts de Guézec père, action qui serait la source de l'action de la Compagnie contre Lacoste, n'était pas encore formée [1]; d'où il suit que cette créance éventuelle n'a jamais pu figurer dans le prétendu compte courant; par ces motifs, etc. »

Il faut convenir que la théorie de la déduction, soutenue par Me Bourbeau au nom de la Compagnie de la Vendée avec une grande force de dialectique, se présentait sous une apparence très-séduisante. Quand les obligations respectives de deux parties découlent d'un même contrat, elles semblent devoir se rattacher les unes aux autres par un lien indissoluble; et si, portant sur choses de même nature, comme des sommes d'argent, elles sont susceptibles de se déduire les unes des autres, il paraît naturel d'opérer cette déduction avant de dire que l'une ou l'autre des parties soit créancière ou débitrice de telle ou telle somme. Il semble même y avoir une raison *a fortiori* par rapport aux hypothèses de comptes de tutelle ou de communauté. Lorsqu'on admet la déduction et l'unité de la dette définitive, en matière de tutelle ou de communauté, on se fonde uniquement sur l'indivisibilité de l'ensemble des opérations; mais chacune de ces opérations, prise en elle-même, n'en a pas moins une cause distincte; elles sont indépendantes les unes des autres, puisqu'elles pourraient exister les unes sans les autres. Au contraire, dans les contrats synallagmatiques, les deux obligations respectives des parties sont la *cause* et la condition d'existence l'une de l'autre; si l'une d'elles n'est pas remplie ou n'est remplie que partiellement, l'autre doit se réduire d'autant; et si toutes les deux arrivent à se résoudre en une

[1] La doctrine de l'arrêt nous semble ici trop absolue: ce n'est pas l'action formée, ce sont les faits sur lesquels elle est fondée qui sont la vraie source des obligations respectives des parties. Cf. art. 2032 C. civ.

Digitized by Google

somme d'argent, elles ne se compensent pas, à vrai dire, elles s'annulent et se déduisent l'une de l'autre jusqu'à due concurrence. Dans tout contrat synallagmatique, il existe, par la force même des choses, un compte courant qui n'a pas besoin d'être établi en termes exprès. Débiteur de mon cocontractant, je ne suis son débiteur que sous la condition de l'exécution des obligations, et dans la mesure même où elles sont remplies.

Nous hésitons néanmoins à accepter cette doctrine, qui arriverait à transformer totalement la théorie de la compensation, toutes les fois que les obligations respectives procèdent *ex eadem causa*. Ce serait introduire une innovation contraire aux précédents historiques de la compensation, et transporter la théorie de la déduction et de la créance unique en des matières où la loi et les principes ne semblent pas les admettre.

Cette idée de considérer les obligations nées d'un contrat synallagmatique comme la cause l'une de l'autre, prête à une confusion. Sans doute, dans tout contrat synallagmatique, l'engagement de l'une des parties a pour *cause* l'engagement de l'autre, mais non pas l'exécution de cet engagement; dans une vente, par exemple, l'obligation du vendeur conserve son existence bien que l'acheteur soit insolvable, et n'effectue pas le payement; la meilleure preuve que l'obligation subsiste, c'est qu'on peut la faire résoudre (art. 1184 C. civ.). Les deux obligations réciproques dans les contrats synallagmatiques existent donc parallèlement; l'une d'elles peut s'éteindre, par exemple par la perte de la chose, et l'autre subsister. Elles sont donc distinctes et ont chacune leur objet séparé; elles ne sont pas destinées à se paralyser mutuellement, et l'on peut même dire que cette manière de procéder leur répugne : c'est ainsi qu'en cas de vente de denrées, il est impossible, non-seulement d'opérer la déduction, mais même d'établir la compensation ordinaire entre le prix et la marchandise, nonobstant le texte de l'article 1291, 2°.

Dans les contrats synallagmatiques ordinaires, nous ne trouvons plus, comme dans les hypothèses examinées plus haut, une indivisibilité résultant soit de la convention, soit de la loi, et subordonnant la créance de l'une des parties à un compte à faire.

Digitized by Google

Ajoutons enfin que dans l'espèce jugée par la Cour de Poitiers, bien que les obligations naquissent du même contrat et fussent également prévues dans les conventions, l'une d'elles cependant prenait son origine véritable dans un fait postérieur et distinct, *ex postfacto*, et n'était pas une conséquence nécessaire de ce contrat.

Le contrat d'entreprise peut donner lieu à des difficultés plus simples en fait, plus délicates peut-être en droit. Supposons un entrepreneur qui s'est obligé à exécuter une construction moyennant un certain prix. Avant le payement de ce prix, il se déclare dans la construction un vice donnant lieu à garantie aux termes des articles 1788 et suiv. du Code civil. Le propriétaire aura-t-il le droit de faire déduction et de subordonner absolument ses obligations à la liquidation de la garantie? En pareil cas, le propriétaire pourrait invoquer des raisons très-fortes : il n'a promis le payement que pour le travail fait et parfait; la loi elle-même considère son obligation comme ayant une cause définitive seulement quand le travail est exécuté; et si, même par cas fortuit, l'entrepreneur ou l'ouvrier est dans l'impossibilité d'exécuter, le propriétaire n'est pas tenu. Si ce travail n'est pas accompli, son obligation de payer n'est pas née; s'il n'est accompli qu'en partie, elle n'est née qu'en partie : si, par exemple, l'entrepreneur, avant de mourir ou de tomber en faillite, a fait la moitié du travail, le propriétaire devra la moitié du prix. Or, un travail défectueux, et qui donne lieu à garantie, c'est un travail partiel ou nul, selon les cas; donc alors le payement du prix n'est dû qu'en partie ou n'est pas dû par le propriétaire; il n'y a pas deux obligations à compenser, celle du payement du prix et celle de la garantie; il y a une obligation unique à restreindre ou à éteindre.

Nous croyons cependant qu'il faut, ici encore, considérer les deux obligations comme existant séparément, ou tout au moins faire une distinction conforme au texte du Code.

Si la chose périt entièrement avant d'avoir été livrée (art. 1788), avant que l'ouvrage ait été reçu (art. 1790), la créance de l'ouvrier n'est pas née; il n'a pas de salaire à réclamer; si elle périt en partie dans les mêmes conditions, il ne peut réclamer qu'une partie de son salaire; on est exactement dans la même situation que si l'ouvrier n'eût pas exé-

Digitized by Google

cuté ou n'eût exécuté que partiellement son obligation; et il y a lieu de déduire du prix la portion correspondante à la partie qui a péri. Mais si la chose périt en tout ou en partie par une cause imputable à l'ouvrier, après avoir été livrée et reçue, ou s'il se manifeste alors quelque vice donnant lieu à la garantie (art. 1792), l'obligation de garantie apparaît comme distincte, et l'on ne peut plus dire que l'obligation du propriétaire soit inexistante : le travail a été fait et livré tel quel; l'obligation de payer le prix a eu sa cause. En effet, si le propriétaire a payé, il n'aura pas la *condictio indebiti* pour répéter ce qu'il a donné; il aura une action en garantie. Si d'autre part on suppose que la chose est entachée d'un vice qui devait donner lieu à la garantie, mais qu'elle ait péri autrement que par ce vice, par exemple par un tremblement de terre ou un incendie, l'obligation de garantie sera éteinte (arg. art. 1647, 1792), et cependant l'obligation du propriétaire de payer le prix restera parfaitement causée si elle a été payée, il n'y aura lieu à aucune répétition.

En somme donc, après la livraison des travaux, nous n'admettons pas que les indemnités qui peuvent être dues par l'entrepreneur au propriétaire doivent nécessairement se déduire sur le prix dû par le dernier; il existe alors deux créances distinctes, auxquelles il faut appliquer les règles ordinaires sur la compensation.

Le louage des choses donne lieu à des distinctions analogues. L'obligation du locataire de payer le prix a pour cause, non l'obligation du locateur de le faire jouir, mais la jouissance elle-même. Si donc le locataire a droit à une indemnité de non-jouissance, soit à raison de la privation de la chose pendant un certain temps, soit à raison de la perte partielle de la chose (art. 1722), cette indemnité se déduira sur le prix du loyer. Mais si le locataire a droit à des dommages-intérêts pour toute autre cause, même se rattachant au bail, il n'y aura pas lieu à cette déduction. Il a été jugé récemment en ce sens que le locataire ne peut opposer la déduction d'une créance née d'améliorations par lui faites à l'immeuble loué, et payable seulement à l'expiration du bail sur la créance de termes échus au profit du locataire (Aix, 16 janvier 1871. — D. P., 1872, 2, 27).—Le bail fût-il expiré et les deux créances exigibles, nous n'admettrions pas la déduction; il y aurait

Digitized by Google

deux créances séparées, bien que se rattachant au même contrat.

V.

Quoi qu'il en soit, la théorie de la déduction a sa place dans notre droit à côté de la compensation proprement dite. Les conséquences que nous y rattachons sont autres que celles indiquées par les textes du droit romain, mais le principe de la distinction reste le même, et il est fondé sur la nature des choses. A la différence de la compensation, la déduction n'est pas un mode d'extinction de l'obligation; elle résulte des conditions d'existence de cette obligation et la restreint à un chiffre moins élevé; elle n'est pas *instar solutionis*, elle tend à la non-existence de la dette au delà d'un reliquat déterminé. Comme on peut le voir, le principal intérêt de la déduction prend naissance quand on se trouve en face de créances non liquides; on obtient alors, malgré la non-liquidité, le résultat même que donnerait la compensation opérant *ipso jure*. Et par ce moyen on écarte certaines conséquences réellement fâcheuses de la théorie légale sur les dettes liquides et non liquides.

Nous pensons en effet que la théorie de la liquidité, telle qu'elle est établie par une tradition constante et acceptée par le législateur moderne, n'échappe ni à des inconséquences regrettables en théorie, ni à de graves dangers en pratique.

Une créance est liquide, d'après le principe établi, dès qu'il y a certitude sur l'existence et sur le montant de la créance : *si certum sit an et quantum debeatur*. Elle cesse d'être liquide, dès qu'il y a contestation sur le principe ou indétermination dans le *quantum*. Rationnellement, la contestation sur le principe de la dette ne devrait pas l'empêcher de produire les effets d'une dette non contestée. La dette existe, ou elle n'existe pas; ce peut être là un point de fait ou de droit plus ou moins difficile à vérifier; mais une fois qu'il est vérifié, la déclaration qui en est faite par le juge doit remonter au jour même de la créance, et cette créance doit produire tous les effets qui sont inhérents à sa nature, par exemple d'opérer la compensation.

La contestation sur l'existence de la dette ne touche en rien à sa nature; elle ne devrait toucher en rien à ses effets essen-

Digitized by Google

tiels. La contestation de la dette constitue d'ailleurs un *critérium* fort incertain : si l'on veut s'arrêter à toute contestation, rien ne sera plus facile à un insolvable de mauvaise foi que d'empêcher les effets de sa dette, et notamment la compensation; rien ne lui sera plus facile que de céder la créance qu'il aura de son côté, et de rendre valable, au moyen d'injustes allégations, cette cession d'une dette véritablement éteinte. En matière de faillite, on arrivera à des résultats désastreux pour les personnes qui, débitrices du failli, auront en même temps contre lui des créances sur lesquelles elles auront compté pour opérer la compensation, et qui seront l'objet de contestations spécieuses et mal fondées.

On admet, nous le savons, qu'une contestation évidemment mal fondée n'aura pas pour effet d'empêcher la liquidité; que, si la vérification à faire doit être très-simple, le juge pourra l'ordonner préalablement, et décider qu'il y aura compensation jusqu'à due concurrence; on admet encore (ce qui entre dans la théorie de la déduction) que si les deux créances doivent dépendre d'un compte commun, bien que l'une soit liquide et l'autre non, on pourra subordonner les effets de toutes les deux à l'ajournement du compte. (V. la jurisprudence résumée dans Dalloz v° *Obligations*, n°s 2640-2643.)

Mais ce sont là des palliatifs. On peut toujours donner à une contestation une apparence sérieuse, soit en offrant la preuve testimoniale de certains faits, soit en déniant l'écriture, soit en alléguant un payement. On échouera dans la preuve : mais le but, qui était d'empêcher la compensation, aura été atteint. C'est là un résultat fâcheux : la preuve d'un payement peut quelquefois être aussi difficile à faire que celle d'une créance : dira-t-on cependant que le payement contesté n'aura pas pour effet d'éteindre l'obligation? que les cessions faites avant l'apurement de la question de payement seront valables? que les saisies-arrêts pourront procéder utilement? que celui qui aura payé aux mains d'un créancier tombé depuis en faillite devra payer de nouveau, sauf à revenir au marc le franc pour ce qu'il aura payé la première fois?

Si difficile que soit la vérification, si compliqués que soient les comptes auxquels il faudra procéder, si, en définitive, la créance est reconnue et déterminée, elle devrait produire le même effet que si elle n'eût pas été contestée : que devient

Digitized by Google

la présomption de vérité attachée à la chose jugée si elle ne remonte pas à la date même des faits qu'elle déclare?

Nous concevons qu'on s'attache au point de savoir si une créance est ou non sérieusement contestée, quand il s'agit de mesures provisionnelles, de questions de compétence, par exemple, pour l'admission aux délibérations du concordat en matière de faillite (art. 499 C. com.), pour la détermination de la compétence des tribunaux à raison du lieu de la convention (art. 420 C. pr. civ.); on peut s'y attacher encore s'il s'agit de disjoindre l'examen de deux prétentions adverses, dont l'une est évidente à première vue, l'autre sujette à vérification. Mais quant aux effets qui touchent au fond même du droit, comme la validité d'une cession ou d'une saisie-arrêt, une compensation à opérer vis-à-vis d'une faillite, il faudrait toujours en venir là : la créance qui opère compensation existe-t-elle ou n'existe-t-elle pas?

Le caractère de non-liquidité, d'autre part, est rationnel quand il y a indétermination nécessaire et résultant de la nature des choses dans la fixation du chiffre, par exemple quand il s'agit d'une somme due à titre de dommages-intérêts. Tant que le chiffre n'est pas fixé par une décision judiciaire, nul ne peut dire quel sera ce chiffre; après même qu'il est fixé, nul ne peut affirmer qu'il devait nécessairement être tel : l'appréciation laissée au juge est l'élément définitif de la dette quant à son *quantum*. On peut dire que jusqu'à la détermination il n'existait pas une dette précise, mais un germe de dette. Tout autre est la situation quand l'appréciation du juge porte, non sur le chiffre, mais sur l'existence de la dette; le jugement qui intervient ne fait que déclarer cette existence, et il n'y ajoute rien; un jugement ne modifie la dette véritable que si le juge se trompe, puisqu'alors il donne l'être à une dette sans réalité, ou efface une dette existante; mais cette hypothèse de l'erreur du juge ne doit pas entrer juridiquement en ligne de compte : *res judicata pro veritate habetur*.

Cette digression, en même temps qu'elle montre, croyons-nous, une imperfection dans la loi, fait ressortir l'utilité de la théorie de la déduction qui, dans un grand nombre d'hypothèses, écarte les inconvénients attachés à la non-liquidité en matière de compensation. LÉOPOLD THÉZARD.

Digitized by Google

RAPPORT

PRÉSENTÉ

A LA COMMISSION DES ÉTUDES DE DROIT [1].

Par M. C. ACCARIAS,
Agrégé près la Faculté de droit de Paris,
Secrétaire de la Commission.

Messieurs,

Par arrêté en date du 1er février 1872, M. le Ministre de l'instruction publique, des cultes et des beaux-arts instituait une Commission des études de droit, chargée de rechercher et de proposer les mesures propres à réorganiser l'enseignement du droit en France. Étaient appelés à faire partie de cette commission :

MM. LE MINISTRE DE LA JUSTICE,
LE MINISTRE DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE, DES CULTES ET DES BEAUX-ARTS, } Présidents.

CH. GIRAUD, membre de l'Institut, inspecteur général des Facultés de droit, vice-président,

BATBIE, député, professeur à la Faculté de droit de Paris.

BERTAULD, député, professeur à la Faculté de droit de Caen.

HUMBERT, député, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

LABOULAYE, député, professeur au Collége de France.

LEBLOND, deputé, ancien procureur général près la Cour d'appel de Paris.

RENOUARD, membre de l'Institut, procureur général à la Cour de cassation.

LABORIE, président de chambre à la Cour de cassation.

FAUSTIN-HÉLIE, membre de l'Institut, président de chambre à la Cour de cassation.

PAUL PONT, membre de l'Institut, conseiller à la Cour de cassation.

RAU, conseiller à la Cour de cassation, ancien professeur à la Faculté de droit de Strasbourg.

[1] Une haute bienveillance, dont nous ne saurions être trop reconnaissants, nous autorise à mettre ce rapport sous les yeux de nos lecteurs.

(*Note de la Rédaction.*)

Digitized by Google

MM. PETITJEAN, procureur général à la Cour des comptes.
AUCOC, conseiller d'État.
HÉROLD, conseiller d'État.
ALEXANDRE, président de chambre à la Cour d'appel de Paris.
COLMET-DAAGE, doyen de la Faculté de droit de Paris.
DEMOLOMBE, doyen de la Faculté de droit de Caen.
DUVERGER, professeur à la Faculté de droit de Paris.
VALETTE, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris.
ROUSSE, bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de Paris.
DU MESNIL, directeur de l'enseignement supérieur.
ACCARIAS, agrégé près la Faculté de droit de Paris, secrétaire.

Étaient désignés pour secrétaires adjoints :

MM. LÉON COHN, JULES CAMBON, } attachés au cabinet du Ministre de l'instruction publique, des cultes et des beaux-arts.
DES CILLEULS, chef de bureau au ministère de l'instruction publique, des cultes et des beaux-arts.

M. Demolombe n'a point accepté sa nomination. M. Rousse s'est démis par lettre adressée le 24 avril à M. le Ministre de l'instruction publique.

La Commission s'est réunie pour la première fois le 28 mars dernier, au ministère de la justice, sous la présidence de MM. les Ministres de la justice et de l'instruction publique. Sur la proposition de M. le Ministre de l'instruction publique, elle s'est partagée en trois sous-commissions.

La première sous-commission devait s'occuper du personnel des facultés de droit. Elle était composée de MM. Ch. Giraud, Batbie, Renouard, Paul Pont, Rau, Colmet-Daâge, Du Mesnil, Accarias, secrétaire. Elle a élu pour président M. Ch. Giraud.

La deuxième sous-commission avait à déterminer les matières de l'enseignement. Elle était composée de MM. Bertauld, Faustin-Hélie, Petitjean, Aucoc, Alexandre, Valette, Accarias, secrétaire. Elle a élu pour président M. Faustin-Hélie.

La troisième sous-commission était chargée de tout ce qui concerne le règlement des études, les examens et la collation des grades. Elle était composée de MM. Humbert,

Digitized by Google

Laboulaye, Leblond, Laborie, Hérold, Duverger, Accarias, secrétaire. Elle a élu pour président M. Laborie.

Ont été attachés comme sous-secrétaires : M. Léon Cohn à la première sous-commission, M. Jules Cambon à la deuxième, M. des Cilleuls à la troisième.

Les première et deuxième sous-commissions ont tenu chacune cinq séances; la troisième en a tenu sept.

Voici le résumé des questions examinées et des conclusions proposées par chaque sous-commission.

PREMIÈRE SOUS-COMMISSION

PERSONNEL.

Les matières examinées par la sous-commission peuvent se grouper sous les cinq chefs suivants : 1° composition des facultés; 2° recrutement et caractère de l'agrégation; 3° recrutement des professeurs titulaires; 4° traitements; 5° discipline et contrôle des facultés.

I. — DE LA COMPOSITION DES FACULTÉS.

Actuellement les facultés se composent de professeurs titulaires et d'agrégés, la mission de ceux-ci consistant à suppléer les titulaires temporairement empêchés, à prendre part aux examens et à faire des conférences facultatives rétribuées par les volontaires qui s'y inscrivent. Le nombre maximum des agrégés est fixé à quatre dans les facultés de province; celle de Paris peut en avoir un à raison de deux chaires. Sur ces points la sous-commission n'aperçoit aucun motif d'innover. Mais on lui demande si les simples docteurs pourront dans une certaine mesure être réputés membres de la faculté qui les a reçus; si en d'autres termes, et pour préciser le sens pratique de la question, ils pourront être autorisés à y faire des cours ou conférences, à interroger aux examens, à entrer aux assemblées de la faculté et à participer à ses délibérations. Ici la sous-commission a cru trouver dans les faits eux-mêmes l'indication d'une distinction à établir entre Paris et la province. A Paris, sans parler de l'exiguïté du local dont la faculté dispose, le très-grand nombre des docteurs, et partant l'impossibilité de vérifier leur savoir, de deviner leur talent, de soupçonner la direction morale de leurs

Digitized by Google

idées, forment obstacle à leur admission : on ne saurait sans imprudence appeler des inconnus à participer à un degré quelconque aux fonctions de l'enseignement. En province les choix sont moins exposés à s'égarer. Que par conséquent les facultés, lorsqu'elles le jugeront utile, et sous l'autorité de MM. les recteurs, permettent aux docteurs d'ouvrir des cours purement facultatifs, destinés à compléter l'enseignement réglementaire, et plus encore à former celui qui les fait; la sous-commission n'y fait pas d'objection, mais elle croit qu'il faut s'arrêter là et qu'il ne conviendrait pas de leur confier des cours obligatoires, de les admettre à interroger aux examens, moins encore de les convier aux délibérations de la faculté. Peut-être, en effet, sont-ce des maîtres qui se forment, sûrement ce ne sont pas des maîtres formés; et l'expérience n'a encore révélé en eux ni le don d'agir avec une certaine force sur les esprits, ni le tact délicat qui fait le bon examinateur, ni les qualités morales qu'on exige d'un fonctionnaire public et qu'on désire dans un collègue.

Consultée, en outre, sur l'utilité qu'il pourrait y avoir à accorder des bourses de voyage à de jeunes docteurs, la sous-commission voit là tout ensemble un moyen efficace d'exciter leur émulation et de servir les intérêts de la science. Elle demande donc que les facultés puissent désigner les plus distingués d'entre eux pour remplir des missions en pays étranger conformément aux indications d'un programme déterminé par elles. La bourse de voyage consisterait en une somme allouée par le Ministre pour couvrir les frais de ces missions.

II. — DU RECRUTEMENT ET DU CARACTÈRE DE L'AGRÉGATION.

Il y a un premier point sur lequel la sous-commission n'a pas hésité : c'est que l'agrégation doit continuer de se recruter par le concours. Ceci admis, faut-il conserver l'organisation actuelle de l'agrégation ou rétablir l'ancienne suppléance?

La question bien évidemment ne porte pas sur le choix à faire entre la dénomination d'agrégés et celle de suppléants. Au fond trois différences profondes séparent les agrégés actuels des anciens suppléants : 1° le suppléant était nommé

Digitized by Google

à vie, l'agrégé n'est institué que pour dix ans; 2° le suppléant concourait pour une faculté déterminée, les agrégés concourent aujourd'hui pour toutes les facultés de France, et le Ministre les y distribue selon les besoins du service; 3° le suppléant ne pouvait jamais être déplacé contre sa volonté, l'agrégé reste à la disposition du Ministre qui peut le transférer d'une faculté à une autre.

De là trois questions : 1° l'agrégation restera-t-elle temporaire? 2° les agrégés continueront-ils de concourir pour toutes les facultés? 3° le Ministre conservera-t-il le droit de les déplacer même contre leur gré? Les trois questions ont été résolues affirmativement.

1° *L'agrégation sera temporaire.* — La sous-commission a surtout considéré que si le succès au concours d'agrégation prouve de bonnes études et certaines qualités, il ne prouve pas d'une manière définitive l'aptitude au professorat; que l'agrégé, ordinairement très-jeune, a besoin de se mûrir par un long et sérieux travail, et que si de trop bonne heure il se sent à la tête d'une position qui ne puisse lui être enlevée, peut-être va-t-il, délaissant les études scientifiques, se donner sans mesure aux occupations plus lucratives du barreau, ou même se laisser emporter par les distractions d'une existence dissipée et sans ordre. Ces dangers sont surtout sensibles en province, où l'agrégé, quand il n'est pas chargé de cours, est peu occupé. Il faut donc que l'agrégation soit un simple stage; il faut que l'agrégé trouve un stimulant non-seulement dans le désir de gagner promptement une chaire, mais aussi dans la crainte de perdre purement et simplement son titre actuel. Si l'on objecte qu'on lui fait ainsi une position dépourvue de sécurité, impuissante à séduire les jeunes gens de talent, propre même à les rebuter du concours, la sous-commission répond que le nombre toujours croissant des concurrents donne un démenti à de pareilles craintes; qu'en fait, le système de l'agrégation temporaire a fourni autant d'hommes capables que l'ancien système et qu'il a laissé passer moins de nullités; enfin qu'aucun jeune homme laborieux et d'une valeur réelle ne saurait éprouver la moindre inquiétude pour son avenir; car s'il arrive qu'au bout de dix ans un agrégé ne soit pas encore devenu titulaire, cela tient nécessairement, ou à ce que les places ont manqué, et alors

Digitized by Google

on le maintient en fonctions, ou à ce qu'il a donné des preuves décisives d'incapacité, et alors l'intérêt de la science exige absolument qu'on l'élimine.

Au surplus, la sous-commission estime que le délai de dix ans serait porté sans inconvénient à douze ou quinze ans, et que peut-être y a-t-il lieu d'organiser certaines garanties tendant à assurer que l'agrégé ne sera jamais arbitrairement remercié.

2° *Les agrégés concourront pour toutes les facultés.* — La sous-commission avait à se prononcer entre deux systèmes présentant l'un et l'autre de réels inconvénients. Admettre un concours unique pour toutes les facultés, c'est écarter peut-être quelques hommes de mérite qui aiment mieux n'appartenir à aucune faculté que de ne pas appartenir à celle de leur choix. A l'inverse, admettre le concours pour une faculté déterminée, ce serait s'exposer à manquer parfois de candidats ou à n'avoir que des candidats médiocres, entre lesquels pourtant il faudrait bien choisir, faute de mieux. La sous-commission a pensé que les inconvénients de ce second système dépassent de beaucoup ceux du premier. De deux choses l'une, en effet : ou une Faculté est très-recherchée, et alors le grand nombre des ambitions qu'elle met en mouvement suffit à garantir que les sujets capables ne manqueront pas. Que le système adopté par la sous-commission puisse détourner quelques vocations indécises, cela est possible, mais il n'effrayera pas celles qui se sentiront soutenues par un talent véritable et par une forte volonté. Ou, au contraire, une Faculté est peu recherchée, et alors si elle ne tente que des médiocrités locales ou des talents insuffisants, quelle serait la conséquence du système repoussé par la sous-commission? Ce serait un affaiblissement certain du corps enseignant, affaiblissement immédiat pour l'agrégation, affaiblissement prochain pour le professorat, dont l'agrégation est la pépinière naturelle. Or ce danger disparaît lorsque le concours est ouvert pour toutes les Facultés à la fois; les candidats étant nombreux, il y a grande probabilité que les premiers soient des hommes distingués et que les derniers eux-mêmes ne soient pas insuffisants. En somme donc, si le système dont la sous-commission propose le maintien sacrifie quelques intérêts particuliers, du moins ne sacrifie-t-il

Digitized by Google

pas l'intérêt supérieur de l'enseignement; il maintient le niveau des grandes Facultés et il empêche la ruine des petites.

3° *Les agrégés resteront à la disposition du Ministre, qui pourra les déplacer soit temporairement, soit définitivement.* — La sous-commission a pensé que sans doute le Ministre ne doit user d'un pareil droit qu'avec une extrême discrétion, mais qu'il serait tout à fait dangereux de le lui retirer. Et en effet, qu'un professeur vienne à mourir inopinément, qu'une maladie ou tout autre cas fortuit le place dans l'impossibilité temporaire de faire son cours, s'il n'y a personne sur les lieux pour le remplacer, n'est-il pas absolument nécessaire que le Ministre puisse appeler provisoirement un agrégé d'une autre Faculté? et serait-il admissible que, pour satisfaire à des convenances toute personnelles, cet agrégé paralysât par un refus le fonctionnement d'un service public? Pareillement, ne peut-il pas arriver que le déplacement définitif d'un agrégé devienne ou nécessaire ou au moins très-opportun, parce qu'il n'a pas réussi dans une Faculté, parce qu'il s'y est compromis d'une manière plus ou moins grave, ou parce que l'enseignement qu'on se propose de lui confier ailleurs convient beaucoup mieux à sa nature d'esprit que celui dont il est actuellement chargé? Si l'on n'admettait pas que la volonté du Ministre pût s'imposer ici à l'agrégé, la résistance de ce dernier pourrait, et dans certains cas peut-être, devrait entraîner sa destitution; de sorte que son véritable intérêt personnel, non moins que l'intérêt public, justifie la proposition de la sous-commission.

Tel étant le système général de la sous-commission, quelques membres ont proposé d'y introduire une double modification en ce qui concerne la Faculté de Paris. On admettrait: 1° que l'agrégation de Paris se recruterait par un concours spécial entre les agrégés de province; 2° que les agrégés de Paris, ayant ainsi fait leurs preuves dans deux concours, seraient institués à vie et ne pourraient plus être déplacés qu'en vertu d'une délégation temporaire. Ce système, tout à fait propre à exciter l'émulation des agrégés de province et à les entretenir dans de sérieuses habitudes de travail, serait-il critiqué à cause de son caractère exceptionnel? Ceux qui le proposent répondent que l'uniformité de la règle n'est bonne qu'autant qu'elle s'appuie sur l'uniformité des faits, et qu'en

Digitized by Google

réalité, on ne ferait ici que donner une consécration légale à l'opinion, qui certainement attache une importance hors ligne au titre d'agrégé de la Faculté de Paris.

Restait à régler les conditions du concours d'agrégation. Quant au jury, la sous-commission exprime le vœu qu'il soit ordinairement composé de neuf membres au lieu de sept, ce que du reste les règlements actuels permettent. Quant aux épreuves, elle propose les trois innovations suivantes : 1° La leçon d'admissibilité serait préparée en vingt-quatre heures au lieu de quatre heures. On laisserait ainsi une part moins considérable au hasard. En effet, le délai bref de quatre heures entraîne une infériorité réelle pour le candidat nerveux qui a besoin de vaincre d'abord l'émotion parfois très-grande de la première heure ; pour celui auquel le sort assigne un sujet trop maigre ou trop riche ou sur lequel il n'y a pas un plan tout fait et en quelque sorte imposé par la nature des choses ; pour celui enfin qui, craignant d'emprunter trop, tient surtout à puiser dans son propre fonds et à mettre une certaine personnalité dans sa leçon. 2° Aux épreuves préparatoires actuellement usitées, on ajouterait une épreuve orale de dix minutes, préparée également en dix minutes. Cette épreuve, pour laquelle on ne pourrait pas exiger une grande perfection de forme, porterait sur une matière de droit civil, et permettrait de juger si le candidat possède un certain acquis, s'il a digéré et coordonné son savoir. 3° Quant aux argumentations, sans en changer ni l'objet, ni le nombre, ni la durée, on voudrait qu'un même candidat ne se trouvât pas constamment en présence des deux mêmes adversaires. Tous auraient ainsi l'occasion de déployer une plus grande variété de qualités : celui qui est bien armé rencontrerait plus sûrement un lutteur digne de lui, et tous les deux y gagneraient.

III. — DU RECRUTEMENT DES PROFESSEURS TITULAIRES.

Faut-il rétablir le concours pour les chaires ? Telle est la question capitale qui s'élevait ici. La sous-commission ne s'est pas dissimulé que le concours, inusité dans les pays étrangers, jouit en France d'une certaine popularité parce qu'il a l'apparence d'une institution libérale ; elle sait que plusieurs Facultés de droit en demandent le rétablissement,

Digitized by Google

et néanmoins elle l'a repoussé à l'unanimité moins une voix. Elle n'a pas cherché les motifs de sa décision dans les abus, même dans les scandales auxquels l'institution du concours a parfois donné lieu, ni dans la difficulté qu'on rencontrerait à former un jury compétent pour certaines chaires telles que celle d'histoire du droit : ces abus et ces scandales sont accidentels, cette difficulté n'est ni générale ni peut-être invincible. La Commission a porté ses vues plus haut et ne s'est décidée que par des motifs généraux, indépendants tout ensemble de l'esprit qui peut souffler sur les juges à un moment donné et de la nature des chaires à pourvoir. Ces motifs sont au nombre de quatre :

1° Il est désirable que les chaires ne soient confiées qu'à des hommes mûrs, déjà éprouvés, et, s'il est possible, connus par leurs travaux. Or le concours écarte l'homme qui a fait ses preuves avec quelque éclat, qui a un nom dans la science, qui peut-être ne reconnaîtrait pas la compétence de ses juges, et qui, la reconnût-il, craindrait à juste titre de livrer à la discussion une réputation acquise et de la compromettre dans les hasards d'une lutte dont l'issue n'est jamais certaine d'avance.

2° La nécessité de préparer un concours, de le préparer longtemps et plusieurs fois peut-être, fait obstacle à un développement véritablement personnel de l'intelligence et à la production de travaux scientifiques. Qu'est-ce qu'un concours, en effet, sinon un examen supérieur et d'une nature spéciale? S'y préparer, c'est avant tout se faire un bagage complet de connaissances élémentaires sur toutes les branches de la science, c'est surtout s'appliquer à conserver ce bagage et à ne rien oublier ; c'est donc le travail du doctorat un peu agrandi, ce n'est pas encore un travail original et libre. Qu'un tel exercice soit excellent pour des jeunes gens, nul doute, et c'est pourquoi le concours pour l'agrégation n'a que des avantages sans inconvénients. Mais il est nécessaire que l'homme mûr travaille avec plus d'indépendance; qu'il poursuive, non plus un but imposé, mais un but conçu par lui-même; il faut qu'il puisse, au risque même d'oublier un peu sur certains points, se spécialiser dans la mesure nécessaire à la conception et à l'exécution d'une œuvre véritablement scientifique. Or la préparation au concours l'en em-

Digitized by Google

pêche; elle peut avoir ce résultat, que le docteur, que l'agrégé lui-même demeurent étudiants jusque bien avant dans l'âge mûr.

3° Le succès au concours ne prouve pas absolument la supériorité de celui qui l'obtient. Sans rappeler l'exemple de Cujas battu par un homme dont à peine quelques érudits connaissent le nom, par Forcadel[1], de nombreuses expériences prouvent que le public ne ratifie pas toujours les décisions des jurys de concours et que l'avenir leur réserve parfois d'éclatants démentis. D'une part, en effet, il est certain que les juges, même des juges qui ont l'esprit droit et dont l'impartialité échappe à tout soupçon, peuvent se laisser séduire par un savoir d'emprunt adroitement manié, par la prestesse et l'audace de l'argumentation, par le faux brillant d'une parole facile qui ne recherche ni la précision ni l'exactitude. D'autre part, il est impossible que les candidats concourent dans des conditions véritablement égales. L'inégalité ne naît pas seulement du hasard qui préside à la distribution des sujets d'épreuves, ni des dispositions accidentelles du moment; elle tient aussi à la diversité des caractères et des situations personnelles. Tel compense la médiocrité de l'instruction par une extrême confiance en soi; inconnu, il désire se mettre en relief et n'a pas à craindre de compromettre son nom. Le concours va peut-être doubler ses forces, et il paraîtra supérieur à sa valeur réelle. Tel autre, au contraire, plus mûr, plus sérieux, déjà posé, arrive avec cette timidité qu'inspirent à certaines natures une vue nette des difficultés et la crainte de paraître inférieur à sa réputation. Placé en présence d'un auditoire qui verrait en lui un maître, il posséderait toutes ses forces et serait excellent; devant des juges il hésitera et se troublera.

4° Enfin l'institution du concours est directement contraire au principe d'un enseignement donné par l'État, elle présente un danger social. Quel est, en effet, le devoir d'un jury de concours? Uniquement de constater l'instruction et l'intelligence des candidats, en un mot, l'aptitude professionnelle. Mais leur conduite, mais la direction de leurs idées au point

[1] Les jurisconsultes n'ont pas oublié la controverse de MM. Bénech et Berriat Saint-Prix sur l'authenticité de cette anecdote (voir la *Revue de droit français et étranger*, tom. IX, année 1842). (*Note de la Rédaction.*)

Digitized by Google

de vue philosophique, tout cela échappe ou doit échapper au contrôle des juges. Le concours pourrait donc aboutir à installer dans une chaire publique un homme qui attaquerait la propriété, qui demanderait la restitution des actes de l'état civil au clergé, qui enfin se donnerait pour mission et se croirait le devoir de renverser les principes essentiels de notre droit public. Or si un tel résultat n'est pas admissible, si à côté des garanties de capacité il y a des garanties de moralité que l'État peut et doit exiger de tout fonctionnaire et principalement de ceux qui, formant la jeunesse, sont appelés à exercer la plus active et la plus profonde influence sur l'avenir du pays, n'est-il pas absolument nécessaire que la nomination des professeurs de l'enseignement supérieur appartienne à l'autorité?

En résumé, le concours écarte des hommes éminents, retarde le développement scientifique et l'activité productrice de ceux qui s'y préparent, ne prouve pas toujours la supériorité de ses élus, et en aucun cas ne tient compte de leur moralité. La sous-commission conclut donc que les nominations doivent être faites directement par le ministre, libre de choisir parmi les agrégés ou en dehors des agrégés. Objectera-t-on que ce système deviendra facilement le règne de l'arbitraire, que les chaires s'obtiendront par la pression ou la faveur, et que la médiocrité remuante et protégée l'emportera sur le mérite à la fois plus fier et plus modeste qui ne compte que sur soi-même? La sous-commission répond que les applications déjà faites de ce système ne justifient pas de telles défiances; que les influences qui s'exercent auprès de l'administration sont en général moins redoutables et d'un degré plus élevé que celles qui s'exercent directement sur des juges de concours; que le ministre, précisément parce qu'il est plus éloigné des candidats, les juge avec plus d'indépendance et tient un compte plus exact de l'ensemble de leurs titres.

Au surplus, le choix du ministre devra être préalablement éclairé, comme il l'est aujourd'hui, par une double présentation. D'après les règlements actuellement en vigueur, la première présentation émane de la Faculté elle-même, la seconde du conseil académique. La sous-commission, se fondant sur l'incompétence universellement reconnue de ce con-

Digitized by Google

seil et sur la probabilité d'une transformation prochaine qui le rendrait encore plus incompétent, propose de lui enlever cette attribution et d'établir un système nouveau dans lequel on distinguerait entre Paris et la province : à Paris, la seconde présentation serait faite par l'Académie des sciences morales et politiques. Si parfois, et bien naturellement, la Faculté incline à une certaine partialité pour ses agrégés, l'Académie, connaissant beaucoup moins les candidats, tiendra plus exclusivement compte des titres scientifiques, et il est possible que le désir d'obtenir ses suffrages détermine la production de travaux distingués. En province, l'Institut serait un juge trop éloigné et peut-être moins compétent, parce que là il est moins ordinaire que les candidats aux chaires se présentent avec des titres écrits. La seconde présentation serait donc demandée à un conseil composé de l'inspecteur général, du premier président, du procureur général, du recteur de l'Académie et du bâtonnier de l'ordre des avocats.

Dans le vœu de la sous-commission, les présentations seraient nécessaires même lorsqu'il s'agit de pourvoir à des chaires nouvelles, et aucune création de chaire ne pourrait être décidée sans un avis préalable des corps chargés des présentations.

IV. — TRAITEMENTS.

Dans l'état actuel, le traitement, tant pour les titulaires que pour les agrégés, se compose d'un fixe et d'un éventuel. A Paris, l'éventuel se détermine pour chacun d'après le nombre d'élèves qu'il a examinés, sans pouvoir dépasser 5,000 francs; en province, il est fixé d'après la moyenne des inscriptions prises dans les quatre trimestres de l'année. Le système pratiqué à Paris présente deux inconvénients : c'est d'abord qu'il y a des examens où le nombre des examinateurs est reconnu trop considérable et où pourtant on le maintient dans l'unique but de garantir que l'éventuel atteindra son maximum; c'est, en outre, que les élèves refusés, ignorant que, dans les années ordinaires, le maximum est toujours sensiblement dépassé, peuvent s'imaginer qu'on les a refusés dans une vue d'intérêt. Ces inconvénients ne se rencontrent pas dans le système appliqué aux Facultés de province, mais il en a d'autres plus graves encore : pour obtenir une

Digitized by Google

moyenne d'incriptions considérable, on dispense trop volontiers les étudiants de l'assiduité aux cours et l'on se montre quelquefois d'une indulgence exagérée dans les examens. De tels abus détermineraient la sous-commission à proposer la suppression absolue de l'éventuel, quand même cette suppression ne lui paraîtrait pas commandée par un motif nouveau : c'est que la liberté de l'enseignement supérieur risque d'enlever un certain nombre d'élèves aux Facultés de l'État, partant, d'abaisser les traitements dans une proportion qui les rendrait tout à fait insuffisants. Cette considération est de telle nature que, voulût-on même maintenir l'éventuel, il faudrait de toute nécessité élever les traitements fixes.

La sous-commission, au surplus, ne demande pas simplement la conversion de l'éventuel en fixe : elle demande que chaque traitement soit porté à un chiffre supérieur au traitement fixe actuel cumulé avec le maximum de l'éventuel. Cette mesure lui paraît commandée par les motifs les plus concluants : 1° tandis que dans tous les pays étrangers l'État fait des sacrifices pour l'enseignement, en France il réalise sur les facultés de droit un bénéfice considérable et qui ne saurait se justifier; 2° en fait, depuis la création de ces facultés, la vie est devenue considérablement plus chère, et les traitements sont loin d'avoir suivi la progression des dépenses. Ils sont actuellement beaucoup plus faibles en France qu'à l'étranger. A Strasbourg, la Prusse donne 18,000 francs aux professeurs de la nouvelle université; serait-il convenable qu'à trente lieues de là, à Nancy, les traitements n'atteignissent pas 6,000 francs? 3° Si l'État ne rétribue pas suffisamment ses professeurs, il ne réussira pas à attirer ceux qui se seront distingués dans les facultés libres, et ces facultés lui enlèveront les siens.

Ces motifs ne peuvent manquer de toucher l'administration, intéressée elle aussi, à ce que la situation matérielle des professeurs et agrégés réponde à l'importance de leurs fonctions. Aussi la sous-commission s'abstient-elle de proposer des chiffres précis. Mais, quels que soient les nouveaux traitements, convient-il qu'ils restent absolument invariables durant toute une carrière? La sous-commission estime que pour les titulaires il y aurait lieu d'admettre une certaine augmentation après dix ans d'exercice.

Digitized by Google

V. — DISCIPLINE ET CONTRÔLE DES FACULTÉS.

En ce qui concerne spécialement la discipline, l'attention de la sous-commission s'est portée sur les assemblées des facultés, sur le droit actuellement reconnu à leurs membres de plaider devant toutes les juridictions, et sur l'interdiction qui leur est faite de donner des répétitions particulières.

Des assemblées des facultés. — Actuellement les facultés, convoquées et présidées par le doyen, délibèrent, d'après un ordre du jour connu d'avance, tant sur les demandes adressées au Ministre et à l'égard desquelles leur avis est nécessaire que sur des questions de règlement intérieur, même sur des questions intéressant la science. La sous-commission demande le maintien de cet usage, mais elle désire que les agrégés aient voix délibérative toutes les fois que le doyen aura jugé à propos de les convoquer.

Du droit de plaider. — La sous-commission, convaincue qu'un usage discret de la plaidoirie ne peut ni détourner le professeur de ses devoirs professionnels ni lui rien enlever de sa valeur scientifique, qu'au contraire il complète ainsi son talent par la vue des faits et par un développement plus grand du sens pratique, n'a pas un instant songé à proposer comme mesure générale l'interdiction de la plaidoirie. Cependant elle estime que devant les tribunaux de répression et les tribunaux de commerce la dignité du professeur risque d'être compromise : devant les tribunaux de répression, à cause des conflits regrettables qui éclatent parfois entre la défense et le ministère public ; devant les tribunaux de commerce, parce que dans les villes qui n'ont pas d'agréés, et c'est le cas du plus grand nombre, leurs fonctions s'imposent nécessairement à l'avocat : chargé, par conséquent, de la correspondance, obligé de faire des avances et des recouvrements, il descend facilement à un rôle voisin de celui de l'agent d'affaires. La sous-commission propose donc que la plaidoirie ne soit plus permise aux professeurs ou agrégés que devant les tribunaux d'arrondissement, les cours d'appel et les conseils de préfecture.

De la défense de donner des répétitions particulières. — Cette défense qui, dans l'état de choses actuel, s'adresse non-seulement aux titulaires, mais même aux agrégés, ne paraît

Digitized by Google

pas devoir être maintenue à l'égard de ces derniers. Sans doute il ne faut pas que l'agrégé délaisse le travail désintéressé pour se transformer en répétiteur; mais des répétitions peu nombreuses données avec soin ne peuvent que le préparer à son rôle futur de professeur : elles l'y prépareront souvent mieux que la plaidoirie qu'on ne lui défend pas, et qui d'ailleurs ne convient pas à tous les esprits. L'interdiction qu'il s'agit de lever est contemporaine de la création des conférences. On avait compté que ce que l'agrégé perdrait d'un côté il le regagnerait de l'autre. Mais l'expérience a parlé : les conférences n'ont réussi ni partout ni pour tous. Cette défense a donc perdu sa raison d'être, et il devient d'autant plus urgent de la supprimer que bientôt un agrégé distingué et sans fortune pourra comparer à ce que l'État lui donne ce que lui donnerait un riche établissement libre. La sous-commission insiste d'autant plus en ce sens que, d'après elle, il ne devra pas être permis aux professeurs et agrégés des facultés de l'État de cumuler avec l'exercice de leurs fonctions régulières une fonction quelconque dans une faculté libre. Au surplus, l'agrégé qui donnera des répétitions particulières sera tenu de remettre au doyen la liste de ses élèves, et il ne sera jamais admis à les examiner : par là l'abus de cette liberté sera prévenu en même temps que s'évanouira l'objection tirée de la partialité possible dans les examens.

En ce qui concerne le contrôle des facultés, la sous-commission demande qu'elles soient soumises à de fréquentes et sérieuses inspections. Un seul inspecteur général ne peut pas suffire à cette tâche. Que si parfois les inspecteurs d'académie, les recteurs eux-mêmes, assistent aux cours, ce n'est que par obéissance à des règlements dérisoires et avec le sentiment non dissimulé d'une incompétence que tout le monde leur reconnaît. Sans doute ils peuvent juger de la tenue plus ou moins correcte de l'auditoire, peut-être même de l'impression que le professeur produit sur ses élèves; mais il leur est impossible d'émettre une appréciation personnelle sur la valeur de son enseignement, et il est à désirer qu'ils ne l'essayent même pas.

La sous-commission demande donc qu'au lieu d'un seul inspecteur général, il y en ait trois : l'un restant en perma-

Digitized by Google

nence à Paris, les deux autres visitant successivement, une fois l'an au moins, toutes les facultés de province. Afin de se fixer sur la valeur de l'enseignement donné et sur les résultats obtenus, les inspecteurs généraux devraient assister à plusieurs cours de chaque professeur et à plusieurs examens. Ces visites maintiendraient le niveau de l'enseignement par l'émulation qu'elles exciteraient soient entre les membres d'une même faculté, soit entre les diverses facultés. Les abus que quelques-unes tolèrent ou entretiennent seraient révélés ou corrigés. Les conflits qui peuvent surgir sur des questions de règlement ou de discipline, soit entre la faculté et le doyen, soit entre le doyen et le recteur, seraient tranchés. Enfin les rapports des inspecteurs généraux éclaireraient les corps chargés des présentations pour les chaires.

Subsidiairement, et en supposant que la création de deux nouveaux inspecteurs généraux dût être une charge trop lourde pour le Trésor, la sous-commission demanderait que l'inspection des facultés de province fût confiée tous les ans à des délégués temporaires chargés de faire leur rapport à l'inspecteur général.

Pour compléter ses vues sur la discipline et le contrôle des facultés de droit, la sous-commission propose l'institution d'un conseil de perfectionnement dont l'action s'étendrait aussi aux facultés d'un ordre différent. Il se composerait de professeurs titulaires des diverses facultés et de magistrats, et sa fonction serait de veiller à l'observation de la discipline et aux détails de l'organisation matérielle. Ce conseil présenterait, en outre, ce précieux avantage d'établir un lien plus étroit entre la magistrature et le professorat.

DEUXIÈME SOUS-COMMISSION

MATIÈRES A ENSEIGNER

Chargée spécialement de la détermination des matières à enseigner, la deuxième sous-commission n'a pas cru pouvoir se contenter de dresser une liste pure et simple des cours que doit comprendre une faculté de droit complète: c'eût été faire une œuvre abstraite et sans organisation, partant sans caractère pratique. Il lui a donc semblé que, pour

Digitized by Google

aboutir à des conclusions véritablement utiles, elle devait régler non-seulement les objets, mais l'économie de l'enseignement, c'est-à-dire se prononcer sur la durée respective des différents cours et sur leur distribution parallèle ou successive, de telle sorte que le tableau des matières enseignées correspondît en même temps à un plan logique d'études.

D'après cette vue, et prenant pour base la distinction, à la fois ancienne et rationnelle, de la licence et du doctorat, elle a déterminé d'abord les matières qui, en raison de leur nécessité absolue ou de leur utilité plus générale, doivent être exigées pour la licence, puis celles qu'il convient de réserver pour les études plus hautes et plus désintéressées du doctorat.

I. — DES MATIÈRES A ENSEIGNER POUR LA LICENCE.

Deux questions préliminaires se présentaient ici, savoir : 1° quelle serait la durée régulière des études de licence? 2° quel serait pour chaque année le nombre de cours que l'étudiant devrait suivre? Bien que l'examen de ces questions ne rentrât pas directement dans le domaine de la sous-commission, elle a dû, sous peine de voir sa marche arrêtée, les résoudre ou les tenir pour résolues.

Quant à la durée des études, aujourd'hui fixée à trois ans, la sous-commission, sans se montrer défavorable à l'idée de quelques personnes qui voudraient la porter à quatre ans, a pensé qu'une telle innovation, troublant des habitudes anciennes et froissant beaucoup d'intérêts, présente par cela même fort peu de chances d'être accueillie. Elle a donc raisonné dans l'hypothèse du maintien de la triennalité.

Quant au nombre des cours, actuellement fixé à deux pour la première année, à quatre pour la seconde, à trois pour la troisième, la sous-commission n'a pas aperçu de motif qui justifiât l'inégalité de cette répartition. La seconde année lui a paru trop chargée, et la première trop peu. Elle s'est donc prononcée pour trois cours par an.

Ces solutions admises, la sous-commission, convaincue que, pour rechercher sérieusement ce qui doit être, il faut d'abord avoir sous les yeux ce qui est, s'est livrée à une

Digitized by Google

étude critique du programme actuel. Ce programme comprend neuf cours, dont voici les objets et la distribution:

1re année.	Un cours de droit romain portant sur les deux premiers livres des Institutes de Justinien. Un cours de Code civil portant sur les deux premiers livres, moins les articles 2 à 5 et les articles 120 à 138.
2e année.	Un cours de droit romain portant sur les deux derniers livres des Institutes de Justinien. Un cours de Code civil portant sur les articles 711 à 1486 dudit Code. Un cours de procédure civile. Un cours de droit criminel.
3e année.	Un cours de Code civil comprenant toutes les matières qui ne figurent pas dans les deux précédents cours. Un cours de droit administratif. Un cours de droit commercial.

Ce programme a paru comporter trois réformes, savoir: 1° la création d'un cours d'introduction à l'étude du droit; 2° la réduction à un an de l'enseignement du droit romain; 3° la transformation de la méthode suivie pour l'enseignement du droit civil.

1° *Création d'un cours d'introduction à l'étude du droit.* — Ce cours, qui, sous le nom moins français d'*encyclopédie du droit*, produit d'excellents résultats en Allemagne et en Belgique, a existé jadis à la faculté de Paris, et s'il n'y a pas réussi, cela tient peut-être à ce qu'on avait négligé de lui assurer la sanction d'un examen; sûrement cela ne tient pas à son objet: car aucun cours n'est plus propre à ouvrir l'esprit de l'étudiant qui débute, à lui montrer la nature et l'étendue du terrain sur lequel il s'engage, et par conséquent à l'attacher. Dans la pensée de la sous-commission, ce cours devrait, comme son nom même l'indique, être placé en première année, et il comprendrait un triple objet, savoir: *les principes du droit naturel, la classification et l'histoire abrégée du droit, et les éléments de l'organisation des pouvoirs publics.*

Le droit naturel formerait une heureuse transition entre l'enseignement, tout d'abord aride, du droit positif, et les recherches plus larges de la philosophie, qui couronnent et complètent les études classiques. Il dégagerait le lien intime

Digitized by Google

des deux sciences et montrerait comment l'une procède de l'autre. Dès le début l'étudiant apprendrait que, si l'arbitraire se glisse souvent dans la réglementation législative, le droit néanmoins, considéré dans ses principes généraux, n'est pas, ne peut pas être arbitraire, mais qu'il a une raison d'être permanente dans des faits indépendants de l'autorité, dans des lois psychologiques et économiques que l'homme n'a pas faites et qu'il ne lui est pas donné de défaire. Grâce à une bonne classification du droit, au lieu de s'avancer comme à tâtons et dans un pays sans lumière, il se ferait tout de suite une idée exacte et complète de la science juridique, aperçue tout à la fois dans la variété de ses divisions et subdivisions et dans l'harmonie de son ensemble. Pour savoir ce que c'est que droit criminel, droit administratif, droit des gens, etc., il n'attendrait pas d'aborder spécialement l'étude de ces diverses branches. Enfin, un exposé sommaire de l'organisation des pouvoirs publics le munirait d'une foule de notions auxiliaires qui, outre qu'elles sont nécessaires même à l'homme du monde, reviennent à chaque instant dans l'explication des lois et ne sont jamais entièrement saisies que quand elles ont été étudiées pour elles-mêmes et non pas incidemment.

2° *Réduction à un an de l'enseignement du droit romain.* — C'est seulement en 1852 que la durée de cet enseignement fut portée d'un an à deux ans, et l'on n'a pas remarqué que les études de droit romain en soient devenues plus fortes. En proposant le retour à l'ancien état de choses, la sous-commission croit revenir aussi au véritable esprit de la loi qui organise les écoles de droit en France. Et en effet, la loi du 22 ventôse an XII voulait que le droit romain fût enseigné *dans ses rapports avec le droit français*, ce qui signifiait très-clairement que cette étude devait avoir, comme toutes les autres, un but pratique; qu'elle ne devait être qu'un auxiliaire et une préparation à l'intelligence de notre droit, dont elle éclaire les origines. Or, s'il est difficile que le professeur renfermé dans l'espace étroit d'une année s'écarte de ce point de vue, il est fort à craindre, au contraire, que, disposant d'une large carrière de deux ans, il ne se jette dans des détails qui appartiennent à l'érudition pure, meublant ainsi la mémoire de ses élèves de curiosités plutôt que leur for-

Digitized by Google

mant l'intelligence par un ensemble de principes clairs et bien condensés. En résumé, des vues plus confuses sur le droit romain et beaucoup de temps perdu pour le droit français, tel est peut-être le résultat de l'organisation actuelle, assurément tel en est le péril.

La sous-commission estime donc que l'enseignement du droit romain doit redevenir tout à fait élémentaire et se résoudre en un profit immédiat pour l'étude du droit français. Cette donnée admise, il n'est pas douteux que les Institutes de Justinien doivent rester la base de l'enseignement, et cela non-seulement à cause de la longue tradition qui les consacre, mais aussi et surtout parce qu'elles expriment, dans un cadre restreint et à peu près complet, la dernière physionomie du droit romain, celle sous laquelle il est devenu un puissant élément de formation pour le nôtre. Dans la pensée de la sous-commission, les Institutes elles-mêmes ne doivent pas être étudiées tout entières avec le même soin: il convient de glisser très-rapidement sur la classification des personnes, sur la législation successorale, et sur toutes les matières, quelque intéressantes qu'elles soient, où les conceptions fondamentales des Romains s'éloignent absolument des nôtres et ont été abandonnéees sans retour. C'est seulement sur la propriété, les obligations et les actions qu'il faut insister : sur la propriété et les obligations, parce que là les Romains ont souvent rencontré les vrais principes et les ont fécondés par une analyse supérieure; sur les actions, parce que chez eux le droit théorique est tellement inséparable de la procédure qu'il n'est jamais bien intelligible sans elle. Ainsi conçu, le cours de droit romain n'exige certainement pas plus d'une année, et la destination même que la sous-commission lui assigne commande de le placer au début des études.

3° *Transformation de la méthode suivie pour l'enseignement du Code civil.* — Le programme actuel fait une division matétérielle du Code civil en trois parts approximativement égales, dont une pour chaque année. Or, si c'est là un procédé, est-ce aussi une méthode? S'il est bon que le professeur soit fixé sur ce qu'il a à enseigner, et l'élève sur ce qu'il a à apprendre, est-ce que la contrainte qu'on leur impose n'a pas pour résultat de gêner l'un, d'ôter le jour à l'autre? Dès

Digitized by Google

les premières pages et même dès les premiers articles du Code, on se heurte aux plus graves difficultés, on rencontre les matières les plus complexes, telles que la condition civile des étrangers en France, l'incapacité des femmes mariées, etc. Dès le début donc et à chaque instant le professeur de première année qui explique des matières sur lesquelles il ne reviendra pas est obligé, pour être complet, d'anticiper sur d'autres matières non encore expliquées; et l'étudiant, entendant parler une langue qu'il ne connaît pas, le suit avec peine, souvent se rebute. Ces inconvénients ont frappé la sous-commission, et toutefois elle n'a pas cru qu'il fût possible d'y remédier par une simple interversion de l'ordre suivi au Code. La science juridique, en effet, n'est pas, comme les sciences mathématiques, susceptible d'un ordre absolument logique, qui s'impose à tous les esprits et se prête à une exposition dans laquelle on ne procède jamais que du connu à l'inconnu : construite sur des faits et se mouvant dans le domaine du concret, elle ne comporte pas une exacte gradation et une véritable série des matières, d'où il résulte que l'ordre quelconque qu'on substituerait à celui qui est aujourd'hui imposé encourrait nécessairement, sinon au même degré, au moins dans une certaine mesure, les mêmes reproches. Cela étant, ce qu'il y a de mieux à faire, d'après la sous-commission, c'est de commencer par un cours général et élémentaire, où le professeur aborderait successivement, et dans un ordre choisi par lui-même, toutes les matières du droit civil, exposant de chacune l'historique et les principes essentiels, mais n'épuisant que les plus simples, et souvent se contentant de tracer un cadre à remplir plus tard. Ainsi préparé par un ensemble de vues, connaissant en quelque sorte la carte du droit civil, et, ce qui est essentiel, initié à tous les termes du langage juridique, l'étudiant recevrait, dans chacune des deux années subséquentes, un enseignement approfondi où le professeur, marchant désormais avec l'aisance de l'homme sûr d'être compris, traiterait de toutes les difficultés précédemment ajournées.

Telles étant les innovations proposées par la sous-commission, l'ensemble de son programme pour la licence serait ainsi conçu :

Digitized by Google

1re année.	Cours d'introduction générale à l'étude du droit. (Droit naturel.—Classification et histoire abrégée du droit. — Éléments de l'organisation des pouvoirs publics.) Cours élémentaire de droit romain d'après les Institutes de Justinien. Cours général et élémentaire de droit civil français.
2e année.	Cours de droit civil français approfondi. Cours de procédure civile. Cours de droit pénal et d'instruction criminelle.
3e année.	Cours de droit civil français approfondi. Cours de droit commercial. Cours de droit administratif.

Sur ce programme la sous-commission croit devoir faire les trois observations suivantes :

1° Les divers enseignements proposés pour la première année forment, par leur caractère général et élémentaire, un tout qui se suffit à lui-même, de telle sorte qu'un jeune homme qui ne poursuivrait pas le titre de licencié les suivrait encore utilement dans l'unique but de compléter son instruction, et que l'étudiant qui, pour une cause ou pour une autre, se verrait obligé de cesser ses études juridiques après cette première année, n'aurait pas perdu son temps.

2° On a évité les expressions *cours de Code civil*, *cours de Code de commerce* et autres analogues, afin de bien marquer que les professeurs ont le droit et le devoir d'être complets, et que l'étendue de leur enseignement se détermine par l'étendue même des matières, au lieu de se circonscrire aux limites précises et parfois arbitraires d'un code.

3° On n'a pas cru devoir admettre une proposition d'après laquelle l'enseignement du droit administratif durerait deux ans. L'étendue et l'importance de cette branche du droit ne dépasse certainement pas celles du droit criminel, pour lequel tout le monde a jugé qu'une année suffit, quand on veut se renfermer dans les bornes d'une exposition élémentaire.

II. — DES MATIÈRES A ENSEIGNER POUR LE DOCTORAT.

L'enseignement spécial du doctorat, tel qu'il est organisé aujourd'hui dans la moins incomplète de nos facultés, dans celle de Paris, comprend les Pandectes, le droit des gens,

Digitized by Google

l'histoire du droit romain et du droit français, le droit coutumier. La sous-commission demande que ces quatre enseignements soient maintenus partout où ils existent et créés partout où ils n'existent pas. Seulement l'état de choses actuel lui a paru comporter la nécessité de trois modifications : 1° tandis que les Pandectes ne sont enseignées aujourd'hui que dans une conférence gratuite qu'on abandonne à un agrégé ou dont on surcharge un professeur de droit romain, la sous-commission pense qu'elles doivent faire l'objet d'un véritable cours et qu'elles exigent la création d'une chaire spéciale. D'une part, en effet, le nom même de conférence tend à rabaisser l'importance de cet enseignement; d'autre part, il offre assez de difficultés et exige assez de travail pour n'être pas le simple accessoire d'autres occupations. Au surplus, la création de cette chaire, qui existait autrefois à la faculté de Paris, serait une résurrection plutôt qu'une innovation. 2° Le cours d'histoire du droit serait mieux intitulé *histoire externe* du droit, attendu que les développements relatifs à l'histoire interne trouvent leur place régulière dans les autres cours, où ils fournissent à chaque matière son introduction naturelle. 3° Le cours de droit coutumier, élargissant son objet, devrait être intitulé *cours de droit coutumier et canonique*. Si, en effet, nos anciennes coutumes françaises ne sont enseignées que comme source de notre droit actuel, pourquoi négliger absolument le droit canonique, qui, lui aussi, compte parmi les sources de notre droit?

A ces quatre cours la sous-commission propose d'en ajouter trois autres ayant pour objet l'économie politique, le droit constitutionnel, la législation commerciale comparée. L'économie politique et le droit constitutionnel sont déjà enseignés à la faculté de Paris, mais sans figurer à aucun titre dans le programme des études obligatoires; le droit constitutionnel n'a même pas de chaire. Quant au droit commercial comparé, il n'est enseigné dans aucune de nos facultés. Les motifs qui, aux yeux de la sous-commission, légitimeraient la création de ces trois cours sont les suivants :

L'économie politique est une des sciences régulatrices du droit, une de celles auxquelles le législateur doit emprunter ses principes généraux; sans elle, par conséquent, il est bien possible d'appliquer le droit en homme d'affaires délié, mais

Digitized by Google

il est souvent impossible d'en apprécier la valeur scientifique et de marquer les améliorations dont il a besoin. Quant au droit constitutionnel, étudié à la double lumière de l'histoire et de la philosophie, sans enthousiasme préconçu comme aussi sans parti pris de dénigrement, il forme le citoyen et prépare le législateur; aussi dans l'organisation actuelle de notre société, ne doit-il plus être le luxe de quelques esprits élevés, il peut et doit être utile à tous. Enfin le droit commercial comparé a paru doublement nécessaire : d'abord l'importance toujours croissante du commerce extérieur exige que nous connaissions certaines lois commerciales étrangères dont nous pouvons facilement avoir à invoquer ou à subir l'application ; en second lieu, s'il est vrai que les lois commerciales, fondées sur des besoins qui à une époque donnée se retrouvent à peu près partout, sont aussi celles qu'un peuple emprunte le plus aisément à un autre sans forcer ni altérer son propre génie, n'est-il pas de toute évidence que, pour combler les lacunes ou corriger les vices de notre législation commerciale, nous n'avons rien de mieux à faire que d'étudier celle des nations dont la civilisation ressemble le plus à la nôtre ?

En résumé, indépendamment de certaines matières sur lesquelles les cours de licence seront en même temps à l'usage du doctorat, telles que le droit romain et le droit civil français, le programme spécial du doctorat comprendra les enseignements suivants :

1° Pandectes ou droit romain approfondi.
2° Droit international.
3° Histoire externe du droit.
4° Droit coutumier et canonique.
5° Économie politique.
6° Droit constitutionnel.
7° Droit commercial comparé.

Après avoir réglé ce qui concerne l'enseignement obligatoire, celui que les étudiants sont tenus de suivre et sur lequel ils sont nécessairement interrogés aux examens, la sous-commission devait encore répondre aux deux questions suivantes : 1° y a-t-il lieu de créer dans les écoles de droit des cours facultatifs, c'est-à-dire des cours auxquels n'assisteront que des auditeurs volontaires et sur lesquels les étu-

Digitized by Google

diants ne seront interrogés qu'autant qu'ils en exprimeront le désir? 2° convient-il de créer des chaires isolées dans certains centres qui n'ont pas de faculté?

1° Y a-t-il lieu de créer des cours purement facultatifs? — La sous-commission propose la création d'un cours de procédure pratique, de notariat et d'enregistrement, et d'un cours de législation financière. Le premier s'ajouterait aux cours de la troisième année de licence, le second à ceux de doctorat.

Le cours de procédure pratique, de notariat et d'enregistrement se justifie par le grand nombre de besoins auxquels il répond. Il ne servirait pas seulement de préparation aux étudiants qui se proposent, une fois leurs études de licence terminées, de faire le stage nécessaire pour devenir avoués ou notaires, ou d'entrer dans l'administration de l'enregistrement; il serait encore d'une grande utilité à ceux qui se destinent au barreau ou à la magistrature. On ajoute qu'une étude approfondie des lois sur l'enregistrement serait une excellente occasion de revoir tous les principes du droit civil, et par conséquent de raviver dans l'esprit de l'étudiant les souvenirs un peu effacés de l'enseignement des deux premières années.

L'utilité d'un cours de droit financier a paru plus incontestable encore, surtout dans un pays où l'ignorance des questions financières est générale et où pourtant la vie publique est ouverte à tous. Outre un exposé complet de l'histoire et de la théorie des impôts, ce cours donnerait des notions approfondies sur les budgets de l'État, des départements et des communes; plaçant les charges en regard des ressources, il raconterait l'histoire de notre dette publique et de nos emprunts. Il étudierait l'administration du Trésor, la liquidation et l'ordonnancement des dépenses publiques, l'inspection des finances, la Cour des comptes, la Caisse des dépôts et consignations, les caisses d'épargne, la Banque de France. Éclairé par de fréquentes comparaisons avec les institutions étrangères et dominé par de saines idées économiques, un tel enseignement ne pourrait manquer de plaire aux esprits élevés, et à coup sûr il multiplierait les hommes capables de gérer à un degré quelconque les intérêts du pays.

2° Convient-il de créer des chaires isolées dans des villes

Digitized by Google

qui n'ont pas de Faculté de droit ? — La sous-commission ne peut qu'approuver de pareilles créations, toutes les fois qu'elles répondent aux vœux d'une population et à des nécessités pratiques que l'Administration seule est en mesure d'apprécier.

TROISIÈME SOUS-COMMISSION.

RÈGLEMENT DES ÉTUDES.

Fixer la durée totale des études, puis, dans le nombre d'années dont professeurs et étudiants disposent, répartir les diverses matières de l'enseignement d'après l'ordre le plus logique et en faisant à chacune la part que son importance réclame, enfin déterminer la forme, le nombre et l'objet des examens, telle était la tâche spéciale de la sous-commission. Mais il lui était impossible de s'y renfermer strictement. La détermination de l'ordre des cours et de l'objet des examens suppose qu'on a sous les yeux le tableau complet des matières enseignées. Il fallait donc de toute nécessité, et nonobstant son désir de ne point empiéter, qu'elle prît parti sur les questions dont l'étude avait été plus particulièrement confiée à la deuxième sous-commission. Ceci posé, quatre points devaient être réglés : 1° durée des études ; 2° matières à enseigner ; 3° ordre et répartition des cours ; 4° examens. Ces quatre points ont été examinés distinctement pour la licence et pour le doctorat.

DE LA LICENCE.

I. — DURÉE DES ÉTUDES.

A cet égard, la sous-commission a cru devoir accepter l'état de choses actuel. Porter à quatre ans, comme quelques-uns le demandent, la durée des études de licence, ce serait aggraver les charges des familles et retarder l'entrée des jeunes gens dans les diverses carrières, et cela a paru plus que jamais inopportun au moment où le service militaire, devenant obligatoire pour tous, va pour tous aussi entraîner des interruptions de travail et des retards inévitables. Pour faire accepter l'innovation proposée, il faudrait donc démontrer l'impossibilité absolue de faire des études solides en trois

Digitized by Google

ans ; or l'expérience prouve qu'au bout de ce délai tous les étudiants laborieux, ceux même dont l'intelligence n'est qu'ordinaire, arrivent à une somme de connaissances assez complète pour se mouvoir désormais sans guide et aborder la pratique avec fruit. Si donc les études sont généralement faibles, cette faiblesse ne tient pas à l'insuffisance du temps mis à la disposition des jeunes gens, elle tient à l'insuffisance bien notoire de leur travail. En fait, quand on compare le régime des écoles de droit au régime des lycées et des autres établissements d'instruction secondaire, incontestablement le collégien est plus chargé que l'étudiant, on exige plus de l'adolescent que du jeune homme. Bien loin donc de juger le délai de trois ans trop bref eu égard aux programmes actuels, la sous-commission estime qu'au contraire ce sont ces programmes qui remplissent mal le délai de trois ans ; et en demandant tout à l'heure qu'on les complète, elle ne croira pas dépasser les limites du possible ni rendre le fardeau trop lourd.

II. — MATIÈRES A ENSEIGNER.

La sous-commission ne voit rien à retrancher ni à réduire dans le programme actuel. Mais elle est vivement frappée de l'absence de tout enseignement qui tende à développer les idées générales, à former l'homme plutôt que le jurisconsulte, et elle propose de combler cette lacune par la création de deux cours qui auraient pour objet, l'un le droit public et l'histoire des sources du droit, l'autre l'économie politique. Elle est également frappée de l'insuffisance de l'enseignement du droit criminel, et elle demande en conséquence qu'on lui donne une durée de deux ans. Voici par quels motifs elle justifie ces trois innovations :

Création d'un cours de droit public et d'histoire des sources du droit.— En lui-même cet enseignement est d'une utilité assez évidente pour que nul ne lui conteste son droit à obtenir une place dans les facultés. Mais on pourrait prétendre que cette place, il la possède déjà, et que le cours proposé ferait double emploi, d'une part avec le cours de droit administratif, d'autre part avec celui d'histoire du droit. Une telle objection n'est que spécieuse. Quant au droit public, s'il est vrai que le professeur de droit administratif ne peut guère se dis-

Digitized by Google

penser d'en exposer les principes, il est vrai aussi qu'il ne les expose qu'à titre d'accessoire, partant d'une façon toute sommaire, et que le temps lui manque absolument pour les étudier dans le passé et hors de notre pays. Or le droit public, si l'on veut qu'il se résolve en une sorte de code général des droits et des devoirs du citoyen, doit être considéré non pas comme un simple point de départ, comme une terre étrangère où on ne stationne un instant que pour s'en éloigner bien vite, mais comme un fonds riche qu'il faut habiter et exploiter; et ce n'est qu'à la condition d'être largement éclairé par l'histoire et par la comparaison que cet enseignement peut nous donner tous ses fruits, c'est-à-dire, après nous avoir fait connaître les principes essentiels sur lesquels notre société repose, nous permettre d'en discerner les raisons d'être et de formuler des conclusions sur leur valeur morale et sur les progrès possibles. Quant à l'histoire des sources du droit, sans nul doute elle est exposée dans le cours d'histoire du droit; mais ce cours, il ne faut pas l'oublier, est réservé au doctorat; il vient donc tard et n'est suivi que par un petit nombre. Or, si c'est une vérité générale qu'il n'y a pas de législation pleinement intelligible sans la connaissance du mécanisme qui lui a donné la forme et la vie, comment veut-on que les élèves de licence, ignorant quelle a été dans le passé la constitution de ce mécanisme et quelles variations il a subies, suivent leurs divers professeurs dans les excursions que l'explication des lois actuelles les oblige à multiplier à travers le droit interne des époques antérieures? Cela est tellement vrai que l'usage général des professeurs est de placer au début de leurs cours une introduction relative aux sources et à la formation de la portion spéciale du droit qu'ils sont chargés d'enseigner. Leur tâche serait donc désormais simplifiée, l'histoire des sources du droit n'étant qu'une introduction à tous les autres enseignements, mais une introduction faite avec une ampleur et un ensemble qu'aucune spécialité ne comporte.

2° *Création d'un cours d'économie politique.* — La sous-commission n'a pas hésité à reconnaître que l'économie politique doit être enseignée dans toutes nos facultés. Mais elle s'est demandé s'il fallait la ranger parmi les matières du doctorat ou parmi celles de la licence. Deux motifs l'ont décidée en

Digitized by Google

ce dernier sens. D'abord les notions économiques font partie de cet ensemble de connaissances générales que tout homme doit posséder dans une certaine mesure, parce qu'elles ont pour tous une utilité indépendante des spécialités professionnelles. Nécessaires même à l'homme du monde qui tient à voir clair dans les grands problèmes sociaux, à suivre facilement les discussions de nos assemblées, et à ne pas s'incliner sans critique devant l'autorité d'un journal, à plus forte raison sont-elles indispensables à ceux qui étudient le droit, puisque cette science relève à certains égards de l'économie politique et que parfois les principes dont elle développe les applications ont été plus profondément creusés et mieux mis en relief par les économistes que par les jurisconsultes. En second lieu, les matières dont traite l'économie politique sont de celles sur lesquelles volontiers on se croit éclairé sans étude et savant par intuition. Qui est-ce qui n'a pas, à l'occasion, ses opinions économiques, comme il a ses opinions littéraires et philosophiques? Or, si l'expérience prouve que les faux systèmes économiques recèlent les dangers les plus immédiats et les plus graves, que du ridicule ils conduisent au terrible, engendrant en haut les mauvaises lois, en bas les convoitises et les violences, n'est-ce pas le devoir de ceux qui dirigent la société de vulgariser les vrais principes de la science et de les infuser de bonne heure aux jeunes esprits que les préjugés n'ont pas encore envahis? En résumé donc, puisque chacun veut avoir et a nécessairement son économie politique, qu'il apprenne plutôt que d'inventer, et surtout qu'il apprenne de ceux qui savent.

3° *Extension de l'enseignement du droit criminel.* — C'est un fait non contesté qu'au sortir de leurs études les jeunes gens sont en général beaucoup moins préparés sur le droit criminel que sur le droit civil, et cependant les carrières auxquelles le grand nombre d'entre eux se destinent, la magistrature et le barreau, exigent tous les jours une connaissance approfondie de ce droit. Recherchant les causes de cette infériorité, la sous-commission a cru trouver la principale dans l'insuffisance forcée d'un enseignement dont la durée est trop limitée. Actuellement le professeur doit, dans l'espace étroit d'un an, embrasser et la théorie du droit pénal et la procédure criminelle. Si donc il approfondit les principes les plus

Digitized by Google

essentiels, ce n'est qu'à la condition de négliger beaucoup de détails utiles pour la pratique. Le programme lui-même l'invite ou tout au moins l'autorise à laisser de côté la moitié environ du Code d'instruction criminelle, et, sur 484 articles que contient le Code pénal, à n'en expliquer que 75. La sous-commission croit donc qu'il conviendrait de consacrer une année entière au droit pénal, et une autre année à la procédure criminelle. De cette façon nos deux Codes pénal et d'instruction criminelle seraient entièrement étudiés, et on pourrait les compléter par l'explication d'un certain nombre de lois répressives d'une application usuelle et parfois délicate, telles que les lois relatives aux délits commis par la voie de la presse.

Après avoir proposé ces réformes, la sous-commission a jugé nécessaire de s'expliquer sur deux critiques suscitées par le programme actuel et qu'elle n'accepte pas.

D'une part, on prétend que le droit romain reçoit aujourd'hui des développements exagérés et qu'il conviendrait de n'y consacrer qu'une année. La sous-commission reconnaît bien que cet enseignement doit se restreindre aux éléments, mais en même temps elle veut que ces éléments soient présentés complets. Si le professeur, obligé de courir, écourte tout, bien loin de préparer ses élèves à mieux comprendre le droit français, il ne fera que porter le trouble dans leurs esprits; il les encombrera de ce demi-savoir qui obscurcit tout, qui engendre les idées fausses, et qui, inutile en lui-même, n'est souvent qu'un danger pour d'autres études. Pour tirer un profit quelconque du droit romain, il faut le comprendre à fond, et cela suppose qu'on l'a non-seulement embrassé dans l'ensemble de ses matières, mais aussi dans toute l'étendue de son développement historique : or est-ce trop de deux années pour une tâche aussi vaste? A l'unanimité la sous-commission ne l'a pas pensé, et elle rappelle qu'à l'époque où le cours de droit romain ne durait qu'une année, la bonne volonté des professeurs se croyait obligée d'aller au-delà des exigences du programme. Leur usage général était de retrancher du cours réglementaire toute la théorie des actions pour en faire l'objet d'un cours supplémentaire que les étudiants suivaient dans le premier semestre de leur troisième année.

Digitized by Google

D'autre part, on a dit, et cette critique n'a pas été sans écho dans la sous-commission, que l'enseignement du droit administratif est à l'étroit dans les limites d'une seule année, et qu'il serait nécessaire d'en doubler la durée. Mais ce vœu a paru d'autant moins acceptable que, d'une part, la création d'un cours de droit public allégera désormais la tâche du professeur de droit administratif, et que, d'autre part, son enseignement doit être complété, dans les vues de la sous-commission, par un cours de législation financière, institué, il est vrai, pour le doctorat, mais ouvert à tous. La sous-commission pense d'ailleurs qu'il n'est pas nécessaire d'épuiser toutes les matières; il suffit que les principes soient bien exposés, et celui qui les possède sera en mesure d'étudier plus tard par lui-même beaucoup de détails qui, pour le moment, surchargeraient sa mémoire au détriment d'autres études.

III. — ORDRE ET DISTRIBUTION DES COURS.

Par l'introduction de deux enseignements nouveaux et par l'extension donnée au droit criminel, la sous-commission arrive à un total de douze cours pour la licence, soit quatre pour chaque année.

La place à assigner aux cours de droit public et d'économie politique ne pouvait être douteuse. Destinés par leur objet même à servir de complément aux études philosophiques et d'introduction aux études juridiques proprement dites; plus attrayants peut-être que ces dernières, parce qu'ils développent des idées plus générales; à coup sûr moins fatigants, car ils n'exigent ni la même application aux détails ni la même finesse de raisonnement; en un mot, dépaysant moins le jeune homme qui n'a encore vécu que dans le monde des lettres, ils appartiennent naturellement à la première année. N'est-ce pas, d'ailleurs, à son début que l'étudiant remplit le mieux les conditions nécessaires pour suivre de tels cours avec ce mélange de curiosité et de docilité qui seul rend l'enseignement profitable? Il est à l'âge où la soif des idées générales s'allume, où les erreurs n'ont pas eu le temps d'occuper et de fausser l'intelligence, et où l'on n'a pas encore la prétention de posséder des sciences dont

Digitized by Google

on connaît à peine le nom et dont on ignore absolument la langue. Il ne faut donc pas attendre que le temps ait refroidi sa curiosité, ni surtout que des lectures malsaines ou mal comprises lui aient ôté le désir d'apprendre en lui persuadant qu'il n'en a plus besoin.

Quant aux cours de droit pénal et de procédure criminelle, la sous-commission les place dans les deuxième et troisième années, le droit pénal venant le premier à cause de son caractère plus purement théorique.

A l'égard des autres cours déjà existants, elle n'aperçoit aucun motif d'en changer l'ordre. Toutefois un des membres, partant de l'idée que la théorie doit, autant qu'il est possible, précéder la pratique, a proposé une transposition des cours de procédure et de droit administratif. La procédure, qu'on enseigne aujourd'hui dans la seconde année, serait renvoyée à la troisième, et le droit administratif passerait de la troisième à la seconde, de manière à faire suite au droit public. La sous-commission n'a pas adhéré à cette proposition : d'une part, l'enseignement de la procédure lui a paru très-convenablement assigné à la seconde année, à celle où l'étudiant arrive en quelque sorte au cœur du droit civil et à ses théories les plus essentielles; d'autre part, le déplacement du droit administratif aurait cet inconvénient que le professeur ne trouverait plus, comme aujourd'hui, ses élèves dejà préparés sur tous les points qui confinent aux autres enseignements.

En résumé, la sous-commission aboutit à la distribution suivante :

1re année.	Cours de droit public et d'histoire des sources du droit. Cours d'économie politique. Cours de droit romain. Cours de droit civil français.
2e année.	Cours de droit romain. Cours de droit civil français. Cours de procédure civile. Cours de droit pénal.
3e année.	Cours de droit civil français. Cours de procédure criminelle. Cours de droit commercial. Cours de droit administratif.

Digitized by Google

IV. — EXAMENS.

Tout d'abord la sous-commission a dû fixer ses idées sur trois questions générales :

1° Convient-il, à côté ou en dehors des épreuves orales, d'exiger aussi des épreuves écrites? — La sous-commission répond négativement. Sans doute la composition écrite aurait une valeur des plus probantes, s'il était possible de s'assurer qu'elle est bien l'œuvre personnelle de celui qui l'a signée. Mais comment acquérir cette certitude? Si l'on abandonne la surveillance à des employés inférieurs, elle n'est ni respectée ni efficace; si on la confie aux professeurs eux-mêmes, ou elle dégénère en une simple forme, ou elle compromet leur dignité. En outre, pour que la composition fût prise au sérieux par les étudiants, il faudrait ou en faire une épreuve éliminatoire, ou la sanctionner par une note spéciale qui ne fût pas susceptible d'être modifiée d'après les réponses faites ensuite à l'examen, Or ces deux systèmes impliquent l'un et l'autre une correction très-attentive, dont il est impossible de surcharger les professeurs sans leur enlever un temps qu'ils emploieraient plus utilement à la préparation de leur enseignement ou à d'autres travaux personnels. L'expérience justifie pleinement les conclusions de la sous-commission. En effet, une composition écrite précède aujourd'hui le dernier examen de licence, où elle donne lieu à une interrogation spéciale. Or qu'arrive-t-il? Très-souvent la composition est au-dessous du médiocre, mais, dans l'intervalle qui la sépare de l'examen oral, la matière a été préparée, et l'élève répond suffisamment; d'autres fois, la composition est bonne, mais l'interrogation vient montrer qu'il ne l'a pas comprise, donc qu'elle ne lui appartient pas. Dans l'un et l'autre cas, l'épreuve écrite n'est pas probante, et l'examen est affaibli.

2° Faut-il donner à chaque enseignement la sanction d'un examen spécial, ou au contraire ne vaut-il pas mieux comprendre dans un même examen toutes les matières qui ont fait l'objet d'un enseignement parallèle? — Le premier système a l'avantage évident de prévenir un calcul trop familier aux mauvais étudiants et qui consiste à sacrifier absolument tel ou tel cours, dans la pensée que leur nullité sur une des

Digitized by Google

branches de l'examen sera compensée par des réponses meilleures sur les autres matières. Mais, d'autre part, cette division des examens ne présente-t-elle pas un grave danger? Par exemple, un étudiant de seconde année, trop ennemi de l'effort et trop discret dans le travail, attendra pour aborder le droit criminel d'être débarrassé de ses autres examens. Il séparera donc ce qui doit être réuni ; il ne fera que successivement des études qui doivent marcher de front. Pour obvier à ce résultat, voudrait-on que tous les examens d'une même année fussent subis le même jour ou la même semaine ? Mais on n'empêchera pas que tel ne se résigne à être refusé d'un côté pour être plus sûrement reçu de l'autre. L'inconvénient subsiste donc, et le remède est vain. Aussi la sous-commission n'hésite-t-elle pas à préférer le système des examens généraux. Quant au calcul précédemment signalé, elle estime qu'il peut être déjoué par un bon règlement relatif au mode de notation et aux conditions d'admission.

3° Faut-il multiplier ou restreindre le nombre des examens, en déterminer les époques ou permettre à l'étudiant de les subir quand bon lui semble, même de n'en subir aucun avant d'avoir terminé ses trois ans d'étude? — Sans doute pour les jeunes gens d'élite, pour cette minorité qui travaille par amour de la science, la perspective de l'examen est moins un stimulant qu'une gêne ; pour eux, il y aurait tout avantage à rendre les examens rares et à n'en pas fixer les époques; les matières en seraient d'autant mieux possédées qu'elles n'auraient été ni isolées ni morcelées. Mais ne faut-il pas avant tout se préoccuper de la masse? Or, sans parler des natures vulgaires qui, résignées à la médiocrité, ne connaissent d'autre mobile que l'examen, combien de jeunes gens intelligents, mais naturellement légers, dont il excite l'amour-propre, chez lesquels il éveille des instincts laborieux, et qui, après n'avoir d'abord travaillé qu'un peu et par force, deviennent capables de beaucoup travailler par goût! Aussi la sous-commission a-t-elle pensé que les examens doivent être envisagés comme un moyen de constater périodiquement les résultats acquis, et qu'il importe de les rendre plus fréquents au début des études, alors que, moins habitué au travail, l'étudiant a plus besoin d'être stimulé et contrôlé.

Digitized by Google

Conformément à ces vues générales, voici l'organisation que la sous-commission propose :

1re *année.* — Deux examens, l'un à la fin du premier semestre, l'autre à la fin de l'année : le premier subi devant deux professeurs et portant sur toutes les matières déjà exposées dans les quatre cours, le second subi devant quatre examinateurs et embrassant l'enseignement de l'année entière.

2e *année.* — Deux examens dans des conditions tout à fait identiques à celles qui viennent d'être exprimées pour la première année.

3e *année.* — Un seul examen et une thèse. L'examen serait subi dans le dernier trimestre, devant quatre professeurs, et porterait sur toutes les matières enseignées dans le cours de l'année. La thèse comprendrait du droit romain, du droit civil français et un sujet emprunté à l'un des enseignements spéciaux.

Cette organisation, outre qu'elle obligerait les étudiants de première et de seconde année à ne point attendre l'approche des vacances pour se mettre au travail, aurait l'avantage de donner pleine satisfaction à une critique souvent et justement dirigée contre le système actuel. On sait, en effet, que l'enseignement du droit romain est sanctionné par un examen spécial placé après la neuvième inscription, par conséquent dans le cours de la troisième année. Or il arrive par là que les étudiants de seconde année ne se préoccupent pas de cet examen trop éloigné d'eux, et que le plus grand nombre abandonne le cours de droit romain. Puis, au début de la troisième année, et pendant plusieurs mois, la nécessité de réparer leur négligence antérieure les empêche de s'appliquer suffisamment au droit français, les pousse même à sacrifier certains cours, et en définitive aboutit souvent à retarder la fin de leurs études. De telle sorte que, par la place même qu'occupe cet examen, le droit romain d'abord compromis devient ensuite compromettant : on a commencé par le sacrifier au droit français; mais, en dernière analyse, c'est surtout le droit français qui paye le sacrifice.

La sous-commission croit devoir s'expliquer ici sur les motifs qui l'ont déterminée à maintenir la thèse. Ceux qui en demandent la suppression allèguent que nombre d'étu-

Digitized by Google

diants ne la font pas eux-mêmes, de sorte, disent-ils, qu'elle ne prouve rien et se résout en un impôt au profit des imprimeurs. Assurément, la sous-commission ne méconnait pas que les thèses de licence peuvent être l'œuvre d'un tiers complaisant on payé, et que le plus souvent elles ne sont qu'une juxtaposition sans art de fragments empruntés çà et là ou même une copie non déguisée d'autres thèses. Néanmoins, elle croit bon qu'à la fin de ses études l'étudiant soit invité à préciser ses idées et à formuler ce qu'il sait sur une matière déterminée. Si cette épreuve ne profite pas à tous, pour beaucoup elle est l'occasion d'un travail sérieux; en même temps qu'elle les initie à l'art de composer, elle est un stimulant d'autant plus vif qu'elle met en jeu l'amour-propre; l'étudiant sait que sa thèse sera lue par des amis et que plusieurs y chercheront les éléments d'un jugement sur sa valeur personnelle. Au surplus la composition de la thèse n'est pas tout : l'argumentation qui la suit et qui forme surtout le caractère original de ce genre d'épreuve, permet à l'étudiant de déployer des qualités dont il n'a pas eu le même besoin pour bien répondre aux examens. Obligé de résoudre des objections souvent imprévues, il montre dans quelle mesure il possède les principes généraux du droit, jusqu'à quel point il sait les combiner et les appliquer. Si donc sa thèse ne lui appartient pas ou si elle a été négligemment préparée, sa soutenance sera faible, et les juges feront leur devoir : il dépend d'eux que cette épreuve finale ne soit pas moins sérieuse que les précédentes.

La thèse maintenue, fallait-il continuer à exiger que le sujet de droit romain fût traité en latin? La sous-commission l'a pensé : les études classiques ont dû fournir à l'étudiant une connaissance suffisante de la langue usuelle; l'étude du droit romain lui a donné les termes techniques. Supprimer l'usage du latin, ne serait-ce pas en quelque sorte inviter les étudiants à négliger la lecture des textes originaux? Au surplus, la difficulté même qu'ils éprouvent à parler une langue morte les oblige à un plus grand effort pour éclaircir, préciser et condenser leurs idées. Quant à l'objection que l'on pourrait tirer de l'impuissance de la langue latine à exprimer des idées oute modernes, elle serait décisive s'il s'agissait d'une hèse de doctorat qui doit être une étude critique; mais elle est sans valeur pour une thèse de licence où l'on demande

Digitized by Google

une simple exposition de principes telle que l'eût pu faire un étudiant romain.

DU DOCTORAT.

I. — DURÉE DES ÉTUDES.

Si la durée réglementaire des études de doctorat est aujourd'hui limitée à un an, en fait, la moyenne des aspirants à ce grade consacre au moins deux années à l'acquérir : on compte ceux qui arrivent avant ce terme, mais un grand nombre le dépassent. La sous-commission propose donc d'ériger en règle ce qui est le fait ordinaire, de sorte que la préparation du doctorat durerait deux années, sauf abréviation possible du délai en faveur des étudiants qui auraient subi avec distinction les épreuves de la licence. Cette réforme, qui a l'avantage de n'apporter aucun trouble sensible à des habitudes déjà prises, permettrait de mieux graduer les études, et elle paraîtra surtout nécessaire si l'on admet avec la sous-commission que le programme actuel du doctorat a besoin d'être complété.

II. — MATIÈRES A ENSEIGNER.

Avant de formuler son programme, la sous-commission devait se prononcer sur l'opinion de quelques personnes qui désirent la création de deux doctorats distincts, l'un civil ou judiciaire, l'autre administratif. Cette opinion a été unanimement réprouvée, parce qu'elle a l'air d'établir une séparation fondamentale entre les diverses parties d'un même tout, parce qu'elle exagère l'antithèse entre la théorie et la pratique, entre la science et l'art. Ces deux grades n'auraient, ni aux yeux de l'opinion publique, ni dans la réalité, la même valeur. A cet isolement respectif l'étude du droit civil perdrait quelque chose, et celle du droit administratif ne gagnerait rien. Si donc les partisans de cette opinion se proposent seulement de développer et de fortifier la connaissance des sciences administratives, la sous-commission applaudit à leur but; mais elle estime qu'on l'atteindrait plus sûrement et sans danger par la création d'une école spéciale.

Le doctorat restant donc ce qu'il doit être, un grade indivisible et qui présente avant tout un caractère scientifique,

Digitized by Google

quelles connaissances faut-il demander à celui qui y aspire ? Indépendamment du droit romain et du droit civil français, bases nécessaires et incontestées de toute éducation juridique, mais pour lesquels il serait superflu d'exiger des cours particuliers qui ne feraient qu'affaiblir ceux de la licence, la sous-commission propose quatre enseignements spéciaux, savoir : droit des gens, histoire du droit, droit constitutionnel et législation financière. Quant au droit des gens et à l'histoire du droit, il ne s'agit que de généraliser ce qui existe déjà à la Faculté de Paris. Quant aux cours de droit constitutionnel et de législation financière, la troisième sous-commission en justifie l'introduction par les mêmes motifs que la deuxième sous-commission; cependant, en ce qui concerne la législation financière, il convient de faire observer, d'une part, qu'elle n'a pas rallié l'unanimité des suffrages, d'autre part, que ceux qui l'ont proposée vont plus loin que la troisième sous-commission, puisqu'ils la classent parmi les matières obligatoires.

On remarquera que le programme de la sous-commission laisse de côté deux matières qui figurent aujourd'hui dans celui de la Faculté de Paris, savoir : le droit coutumier et les Pandectes. Quant au droit coutumier, on a pensé qu'une large part lui est déjà faite, soit dans le cours d'histoire du droit, soit même dans les cours de droit civil, où l'habitude constante des professeurs est d'exposer les origines avant d'aborder la législation actuelle. Quant aux Pandectes, on a voulu laisser aux professeurs de droit romain toute liberté dans l'emploi des deux années dont ils disposent : sans nul doute, c'est dans les Pandectes qu'ils doivent puiser la substance de leur enseignement; mais il n'appartient qu'à eux de décider s'ils consacreront quelques mois à approfondir un sujet spécial en prenant pour base quelques fragments des jurisconsultes, ou s'ils se contenteront de fondre dans l'ensemble de leurs cours l'explication des textes les plus essentiels sur chaque matière. L'enseignement n'a rien à perdre à cette liberté des méthodes.

Dans la pensée de la sous-commission, les cours spéciaux pour le doctorat n'impliqueraient que deux leçons par semaine au lieu de trois, et cela parce que les matières en sont moins nettement arrêtées que celle des cours de licence;

Digitized by Google

parce qu'elles imposent des recherches plus étendues et demandent à être exposées dans une forme plus soignée et plus personnelle. Ainsi réduit, l'enseignement ne pourrait que gagner en élévation et en profondeur, et l'élève laborieux le féconderait par une réflexion à la fois plus libre et plus calme.

III. — ORDRE ET DISTRIBUTION DES COURS.

D'après la sous-commission, il faut que l'étude du droit romain, qui n'est qu'une introduction au nôtre, soit placée tout au commencement et ne se prolonge pas trop longtemps; il faut, au contraire, que le droit civil, qui est le centre et le but, remplisse les deux années entières; enfin il convient que la seconde année soit beaucoup moins chargée que la première, si l'on désire que l'étudiant ne renvoie pas sa thèse à une troisième année. Conformément à ces idées générales, voici l'ordre dans lequel ces cours seraient suivis :

1re année.	Deux cours de droit romain jusqu'à la fin du premier semestre seulement. Pendant toute l'année, les cours de droit des gens, d'histoire du droit, et de droit constitutionnel, et un cours de droit civil. Pendant le second semestre seulement, un second cours de droit civil et le cours de législation financière.
2e année.	Pendant le premier semestre seulement, le cours de législation financière. Pendant toute l'année, deux cours de droit civil.

Les motifs qui justifient cet ordre vont apparaître clairement par l'exposé du système que la sous-commission propose pour les examens.

IV. — EXAMENS.

L'acquisition du grade de docteur suppose aujourd'hui deux examens et une thèse. La sous-commission a pensé que, élargissant les exigences du programme, elle devait ajouter aussi au nombre des examens, et cela afin d'éviter une surcharge aux étudiants. D'autre part, elle s'est écartée sur un point essentiel des idées générales d'après lesquelles elle a conçu la réglementation des examens de licence. Considérant, en ef-

Digitized by Google

fet, que les aspirants au doctorat sont presque tous des jeunes gens laborieux; que pour eux le stimulant, s'il en faut un, résulte plutôt de la difficulté que de la proximité des épreuves, et qu'il s'agit bien moins ici de constater la régularité du travail quotidien que la possession acquise d'un savoir solide et complet, elle a admis dans une certaine mesure la spécialité des examens, mais elle aurait cru tomber dans l'exagération en attachant à chaque nature d'enseignement la sanction d'un examen particulier. Trois examens lui ont paru suffire. Quel serait l'objet de chacun? Dans quel ordre se succéderaient-ils? Et à quelle époque l'étudiant serait-il admis à les subir? La solution de ces diverses questions découlait assez naturellement des vues générales qui ont présidé à la distribution des cours eux-mêmes. Le premier examen portera exclusivement sur le droit romain et pourra être subi dès la fin du premier semestre de la première année, c'est-à-dire précisément à l'époque où l'assiduité aux deux cours de droit romain cessera d'être obligatoire. Le second examen comprendra le droit des gens, l'histoire du droit et le droit constitutionnel; il pourra être subi à la fin de la première année, époque où finissent eux-mêmes les cours qui y préparent. Le troisième examen aura pour objet l'ensemble du droit civil français et la législation financière; l'étudiant pourra s'y présenter dès la fin du premier semestre de la seconde année. De cette façon, celui qui aura régulièrement conduit ses études et passé ses examens sans échec disposera encore du temps nécessaire pour préparer et soutenir sa thèse avant les vacances. En ce qui concerne la thèse elle-même, il n'a pas paru qu'il y eût lieu d'apporter aucune modification à ce qui existe aujourd'hui [1].

[1] Les 2e et 3e sous-commissions ayant eu plusieurs fois à se prononcer sur les mêmes questions et ne s'étant pas toujours rencontrées dans les mêmes solutions, le rapporteur croit utile de présenter un tableau de leurs divergences :

2e SOUS-COMMISSION.	3e SOUS-COMMISSION.
1° Trois cours par an pour la licence.	1° Quatre cours par an pour la licence.
2° Une seule année de droit romain pour la licence.	2° Deux années de droit romain pour la licence.
3° Un cours de droit civil général	3° Liberté laissée au professeur.

Digitized by Google

A la réglementation des études se rattachent certaines questions qui intéressent tout à la fois la licence et le doctorat.

1re *question.* — Ne faut-il admettre à s'inscrire dans les facultés de droit que des jeunes gens pourvus du diplôme de bachelier ès lettres? — Ou bien, ce diplôme pourra-t-il être remplacé à volonté par celui de bachelier ès sciences? Les règlements actuels exigent absolument le baccalaureat ès lettres; mais, dans l'usage, les ministres ont quelquefois admis l'équivalence du baccalauréat ès sciences. La sous-commission, convaincue que les études littéraires, dans le sens large et élevé de l'expression, sont la meilleure préparation aux études juridiques, et que le droit ne reste science qu'à la condition de ne pas se séparer de l'histoire et de la philosophie, pense qu'en règle générale on doit continuer à exiger le baccalauréat ès-lettres. Que pourtant, dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, le ministre puisse autoriser un bachelier ès sciences à s'inscrire dans une faculté de droit, la sous-commission n'y voit pas d'inconvénient, pourvu que ce pouvoir soit exercé avec une extrême réserve et après avis de la Faculté.

2e *question.* — A côté des cours obligatoires y aura-t-il des cours facultatifs? — La sous-commission n'a pas hésité à répondre affirmativement, persuadée que la multiplication des

et élémentaire pour la 1re année de licence, puis deux années de droit civil approfondi.	
4° Un cours d'introduction à l'étude du droit pour la 1re année.	4° Un cours de droit public et d'histoire des sources du droit.
5° Une seule année de droit criminel.	5° Deux années de droit criminel.
6° Cours de droit financier facultatif.	6° Cours de droit financier obligatoire pour le doctorat.
7° Cours d'économie politique pour le doctorat.	7° Cours d'économie politique pour la 1re année de licence.
8° Cours de droit coutumier et canonique et cours d'histoire du droit pour le doctorat.	8° Un seul cours ayant pour objet l'histoire du droit.
9° Cours de Pandectes pour le doctorat.	9° Rien.
10° Cours de droit commercial comparé pour le doctorat.	10° Rien.

Digitized by Google

cours ne peut que profiter à la science, en donnant aux uns l'occasion de se mettre en lumière, aux autres plus de ressources pour s'instruire. Ces cours pourront être confiés soit à des professeurs ou agrégés, soit à des docteurs agréés par la Faculté. Ils seront ouverts à quiconque, étudiant ou non, voudra s'y inscrire, et rétribués par les auditeurs. Ce système de rétribution directe, qui a l'avantage de proportionner la situation matérielle des professeurs à leurs efforts, à leur succès et en général à leur valeur réelle, est tout à fait propre à exciter leur émulation, à tenir leur activité en éveil et à les préserver de la routine qui vit indifférente sur un fonds une fois acquis. Il réussit admirablement en Allemagne; pourquoi serait-il inefficace en France?

3e *question.* — Faut-il maintenir l'usage des conférences actuellement instituées dans les facultés de droit?—Ici encore la sous-commission répond affirmativement. L'utilité des conférences résulte surtout de la communication plus immédiate qu'elles établissent entre le maître et l'élève. Au cours l'étudiant ne peut qu'écouter; s'il comprend mal, le supplément d'explications dont il a besoin ne lui est pas donné; s'il entrevoit des objections, personne n'y répond. Dans les conférences il est interrogé et il questionne; en un instant bien des obscurités disparaissent, bien des doutes sont tranchés. Les conférences sont donc en quelque sorte un appendice et un complément des cours, et on ne peut que regretter, en ce qui les concerne, l'indifférence générale et l'abstention des étudiants. Quant à la question de savoir par qui elles seront faites, suivies et rétribuées, la sous-commission ne croit pouvoir mieux faire que de reproduire les décisions déjà proposées pour les cours facultatifs.

4e *question.* — A qui appartiendra la collation des grades? —La sous-commission, tout en reconnaissant qu'en théorie le mieux serait peut-être d'instituer un jury supérieur également étranger aux Facultés de l'État et aux Facultés libres, a été unanime pour écarter ce système, déclaré impraticable par ceux qui ont le plus sérieusement étudié la question. S'il y a quelque chose de certain, en effet, c'est que nul autre que celui qui enseigne n'examine avec compétence.

Deux autres systèmes se sont tout d'abord partagé les voix. L'un conserve purement et simplement le droit exclusif

Digitized by Google

des Facultés de l'État. L'autre admet que les Facultés libres pourront être autorisées à conférer les grades à leurs élèves, mais sous la condition qu'il existe à côté d'elles une Faculté des lettres, qu'elles aient même nombre de chaires et de professeurs que les Facultés de l'État, qu'elles se conforment aux mêmes programmes, et se soumettent, comme elles, à l'inspection universitaire. Un des partisans de cette seconde opinion la modifie toutefois en demandant qu'aucune Faculté libre ne puisse obtenir cette autorisation avant d'avoir fonctionné pendant dix ans au moins.

En faveur du premier système, on a fait valoir les arguments suivants :

1° Si le droit d'enseigner appartient naturellement à tous, le droit de conférer des grades qui ouvrent l'accès à un certain nombre de fonctions publiques n'en est pas un corollaire; il appartient essentiellement à l'État, qui ne saurait s'en dessaisir sans consacrer une usurpation sur lui-même. 2° Retirer aux Facultés de l'État la collation exclusive des grades, ce serait manifester à leur égard des soupçons que rien n'autorise. Est-ce que les Facultés des lettres et des sciences ne confèrent pas des grades à des sujets de toute provenance? Et si personne n'a songé à élever des doutes sur leur impartialité, pourquoi se montrer plus méfiant à l'égard des Facultés de droit? 3° Le jour où les Facultés libres conféreraient des grades, l'indulgence aux examens deviendrait un moyen de recruter et de conserver des élèves, et de là, comme conséquence forcée, un abaissement du niveau des études. 4° Des grades émanant d'autorités différentes pourront bien avoir même nom, mais n'auront jamais une valeur identique. La suppression du monopole des Facultés de l'État aboutirait donc, dans un avenir plus ou moins proche, à la suppression des grades eux-mêmes.

Voici, d'autre part, les arguments invoqués à l'appui du second système :

1° Si la séparation du droit d'enseigner et du droit de conférer les grades se conçoit en théorie, en pratique elle devient illusoire. Comme le dit un proverbe belge : « Qui est maître de l'examen est maître de l'enseignement. » Donc, qui veut la liberté de l'enseignement ne peut pas sans contradiction réserver la collation des grades aux Facultés de l'État.

Digitized by Google

2° Il est très-vrai que le droit de conférer les grades n'appartient qu'à l'État, mais il n'est pas moins vrai que ce droit ne peut s'exercer que par voie de délégation. Or l'État n'est-il pas libre dans le choix de ses délégués? Si, jusqu'à présent, il a attribué un monopole aux Facultés officielles, ce n'est point par respect de ses propres droits, ni dans la crainte d'abdiquer; c'est seulement parce qu'il n'y avait pas d'autres Facultés. 3° L'impartialité des professeurs de l'État n'est pas douteuse en elle-même, mais il faut qu'elle soit incontestée, et avec le monopole elle ne le sera jamais pour tout le monde. 4° Quant à la crainte d'un abaissement des études, elle est rendue chimérique tant par les conditions que suppose l'autorisation accordée aux Facultés libres que par le droit évidemment réservé à l'État de retirer cette autorisation dans les cas où elle engendrerait des abus. 5° Enfin, s'il est vrai que des grades conférés par des Facultés d'origine différente n'ont pas absolument même valeur, est-ce que dans l'état actuel cela n'est pas également vrai des grades conférés par les diverses Facultés de l'État?

Aucun des deux systèmes qui viennent d'être rapportés n'a réussi à rallier une majorité, et la sous-commission n'a pas conclu.

Dans le cours de ses discussions et conformément à l'esprit, sinon à la lettre stricte de son programme, la troisième sous-commission a formulé les six vœux qui suivent :

1° En se préoccupant de fortifier les études, elle n'a pas entendu augmenter les charges qui pèsent sur les familles. Si donc elle ajoute au nombre actuel des examens, et si elle demande une durée de deux ans pour la préparation du doctorat, elle désire que l'adoption de ces propositions n'aboutisse pas à grossir le total déjà si élevé des droits scolaires ;

2° Elle signale comme bon à supprimer le grade de bachelier en droit, qui n'a d'autre résultat que d'entraîner des frais de diplôme.

3° Pour développer l'institution si utile des conférences, deux choses seraient désirables : 1° l'État pourrait se charger de fournir lui-même la rétribution en première année pour les étudiants qui auraient obtenu des prix aux concours

Digitized by Google

généraux des lycées, et dans les années subséquentes, pour ceux qui auraient passé leurs examens de droit avec distinction ; 2° on pourrait instituer des prix de conférences pour les élèves qui auraient remis les meilleures compositions écrites sur des sujets déterminés par le maître de conférences.

4° Il serait bon, pour exciter l'amour-propre des étudiants, qu'on inscrivît sur un tableau d'honneur les noms de ceux qui n'auraient obtenu que des boules blanches aux examens de l'année.

5° Il serait utile aussi qu'après chaque examen un bulletin spécial en fît connaître le résultat aux parents de l'élève.

6° Enfin, il faudrait que toute Faculté fût pourvue d'une bibliothèque sérieuse, c'est-à-dire ayant des salles assez vastes pour recevoir un grand nombre d'étudiants à la fois, et possédant un exemplaire au moins de tous les ouvrages anciens ou modernes, français ou étrangers, qui présentent une utilité directe ou indirecte pour des études juridiques élevées, et plusieurs exemplaires de tous ceux dont la lecture est indispensable ou utile pour la préparation des examens.

Tels ont été, messieurs, les travaux de vos trois sous-commissions. Le rapporteur s'est attaché à n'omettre aucune des questions qui ont été agitées, à être fidèle dans l'indication des solutions qui ont prévalu et complet dans l'exposé des motifs sur lesquels on les a fondées. Mais, toutes les questions devant reparaître entières en présence de la Commission réunie en assemblée générale, il ne s'est pas cru obligé de noter minutieusement toutes les dissidences qui se sont produites : c'est assez dire que partout où le rapport ne constate pas expressément que les conclusions d'une sous-commission ont été prises à l'unanimité ou à la simple majorité des voix, ce silence ne doit fournir aucune induction ni dans un sens ni dans l'autre.

Digitized by Google

LES REMÈDES SECRETS

DEVANT NOTRE LÉGISLATION ANCIENNE ET MODERNE.

Par H. Duvergey,
membre de l'ex-Faculté de droit de Strasbourg,
juge au tribunal civil de Tournon.

On peut résumer en deux propositions les règles juridiques concernant les remèdes ou moyens employés par l'art de guérir :

1° Les seules personnes ayant le droit de fabriquer et de débiter les remèdes sont les pharmaciens qui présentent des garanties de capacité et d'honnêteté jugées suffisantes par le législateur ; qui sont du reste soumis à une discipline sévère et doivent ouvrir leurs laboratoires devant les commissions investies de leur inspection.

2° Les seuls remèdes auxquels il ait été délivré un permis de circulation, les remèdes *officiels*, sont en premier lieu les médicaments composés suivant la formule dictée par un médecin pour un cas déterminé ; en second lieu les médicaments reconnus par le Codex, vaste recueil que complètent les bulletins de l'Académie de médecine, enfin les préparations pharmaceutiques achetées ou rendues publiques par le gouvernement. (V. Cass., 17 août 1867. — Syr., 1868, I, 232.) Il convient du reste de faire entrer au nombre des remèdes officiels les compositions dont la nouveauté et le mérite consistent dans une modification peu importante de la formule indiquée par le Codex (Cass., 6 août 1842. — Metz 11 févr. 1857).

En dehors de ces différentes catégories de médicaments, il n'y a plus que des remèdes secrets dont la composition et la vente sont interdites quand bien même ils auraient été publiés dans des ouvrages de pharmacie pratique et seraient devenus l'objet d'un brevet d'invention. Toutefois ce principe a subi plusieurs dérogations. Dans l'intérêt général bien ou mal entendu, l'État a souvent octroyé à de simples particuliers l'autorisation de fabriquer et de vendre privativement des médicaments autres que les officiels.

C'est ainsi que se sont constitués des priviléges très-lucratifs pour ceux qui les exploitent et dont la date remonte ordinairement avant la première révolution.

Digitized by Google

Il nous a semblé intéressant de rechercher jusqu'à quel point ces priviléges peuvent exister encore devant la loi, et c'est le résultat de nos recherches que nous apportons aujourd'hui.

Mais avant de pénétrer dans le cœur de la question, nous pensons qu'il sera bon de nous demander quelle est *la nature* du *droit* que le fait d'une découverte confère à l'inventeur. La conclusion de cet aperçu scientifique nous fournira la base de nos raisonnements, et, nous le pensons aussi, de la législation sur cette matière, car c'est d'une catégorie particulière de découvertes, et d'inventeurs que nous avons à nous occuper.

Examinons donc la *nature du droit de l'inventeur*.

Est-ce un droit *naturel* ou un droit *concédé ?* Est-ce une propriété véritable, c'est-à-dire un droit nécessaire, illimité, perpétuel, ou bien n'est-ce qu'un privilége, n'est-ce que la rémunération plus ou moins étendue d'un service rendu à la société?

Telle est la question à résoudre.

On a répété souvent que s'il existe pour l'homme une propriété véritable, une propriété sacrée, c'est celle de la pensée qu'il a conçue, de l'invention qu'il a créée. Rien n'est plus vrai, mais comme toute autre vérité, celle-ci a ses limites que nous devons essayer de reconnaître.

Tant que l'idée, la conception d'une découverte n'a pas été émise au dehors, il est incontestable qu'elle soit la propriété de son auteur. Cette idée, cette conception que j'ai formée, m'appartient comme mon esprit, comme mon imagination; dès lors je puis à mon gré la conserver dans mon fort intérieur ou l'émettre, la garder pour moi-même ou la communiquer aux autres. Mais une fois émise, une fois tombée dans le vaste champ des connaissances humaines, l'idée n'est plus susceptible de cette jouissance privative et jalouse qu'on appelle la propriété; elle échappe alors à toute appropriation exclusive; elle passe dans l'esprit qui la reçoit sans cesser d'appartenir à l'esprit dont elle émane. Celui qui l'acquiert ne l'enlève pas à celui qui l'avait acquise avant lui; au contraire, plus elle se répand, plus elle se fortifie, s'augmente et s'agrandit.

Au point où nous en sommes arrivés, il ne s'agit pas pour l'inventeur de savoir s'il pourra exécuter la conception de son

Digitized by Google

intelligence, s'il sera propriétaire des objets exécutés, cela est incontestable; ce qu'il prétend, c'est empêcher les autres de produire, eux aussi, l'objet inventé; ce qu'il revendique, c'est un droit de veto sur le travail d'autrui, en tant qu'il voudrait s'appliquer à la création nouvelle. L'inventeur demande non-seulement que sa liberté soit assurée, mais qu'on lui livre la liberté des autres, qu'il lui soit accordé une sorte de mainmise sur une force productive qui est en dehors de lui, en un mot que l'on crée en sa faveur une exception à la règle de l'indépendance du travail.

Or il est évident que le droit de veto sur le travail d'autrui n'est pas l'un de ces droits naturels, nécessaires, préexistants aux lois, et que le législateur ne fait que reconnaître et constater; il est évident que ce n'est plus là ce qu'on appelle un droit véritable de propriété.

Et qu'on ne s'imagine pas que nos raisonnements tendent à nier, à sacrifier le droit des inventeurs : nous voulons seulement expliquer ce droit et lui restituer son véritable caractère. « Toute découverte utile, a dit Kant, est la prestation d'un service à la société. » Il est juste que celui qui a rendu ce service en soit récompensé par la société qui l'a reçu. Reste à savoir de quelle manière.

Ce service peut être reconnu tout d'abord par une récompense publique; c'est ainsi qu'en vertu de la loi du 7 août 1839, l'État a acheté de MM. Daguerre et Niepce la jouissance immédiate pour le public de leur admirable découverte des procédés photographiques. Il peut être reconnu ensuite à l'aide de redevances payables à l'auteur par quiconque voudra mettre son invention en œuvre, mais ce système présenterait trop de difficultés dans la pratique. Il peut l'être enfin par un monopole.

Le législateur pouvait-il accorder un monopole perpétuel ? Poser la question, c'est la résoudre. La perpétuité du monopole restreindrait le domaine de la pensée, tuerait l'émulation et le perfectionnement, chargerait les consommateurs d'un impôt indestructible, leur enlèverait à jamais l'espoir de se procurer à un prix de plus en plus bas les objets fabriqués. D'ailleurs ce monopole exposerait les inventions à périr puisqu'il en placerait la mise en œuvre sous la dépendance du caprice, des convenances personnelles de l'inven-

Digitized by Google

teur, de ses héritiers ou ayants cause. Enfin, le monopole perpétuel constituerait une prime accordée aux nations étrangères où l'invention serait admise et exécutée librement et sans restriction; un préjudice énorme frapperait le pays qui ne produirait la chose qu'à un prix trop élevé et qui par suite serait hors d'état de lutter non-seulement à l'étranger, mais aussi en France, où la contrefaçon ne manquerait pas de s'introduire.

Pour parer à tous ces inconvénients, à toutes ces impossibilités sociales du monopole perpétuel, tout en sauvegardant les droits de l'inventeur, il est intervenu entre les deux parties en présence un véritable contrat, une transaction équitable. L'inventeur apporte les produits de son intelligence et la société lui garantit en retour les avantages d'une exploitation exclusive de sa découverte *pendant un temps soigneusement déterminé.*

En face du droit de création se trouve le droit de reproduction et d'imitation; le législateur ne pouvait pas sacrifier le deuxième au premier; mais il a accordé au droit de l'inventeur l'encouragement et la récompense qui lui étaient dus.

Telles sont les bases rationnelles de toutes les législations qui se sont occupées des inventeurs; tels sont les raisonnements qui ont amené l'établissement des *brevets d'invention.*

Cette matière était, comme beaucoup d'autres, livrée à l'arbitraire dans notre ancienne jurisprudence : il appartenait alors au pouvoir de décider à quels inventeurs et sous quelles conditions on accorderait le privilége d'exploiter exclusivement une découverte nouvelle.

Il était réservé ici encore à la Constituante d'entrer dans une meilleure voie et de substituer à l'arbitraire le régime légal. Son système a été repris et perfectionné par la loi du 8 juillet 1844 qui est le Code en cette matière.

Le principe de cette loi est large : tous les inventeurs ont droit à un *brevet* et au droit privatif d'exploitation qui en découle. Toutefois il y a des exceptions à cette règle, et la première a trait précisément aux compositions pharmaceutiques ou remèdes de toute espèce. Quelle est la raison de cette dérogation au droit commun? On l'a répété à satiété dans les Chambres : ce qui intéresse la santé publique est trop grave pour qu'on puisse le livrer à tous les piéges, à

Digitized by Google

toutes les combinaisons du charlatanisme : or il existe un préjugé fâcheux, invétéré, qui attache au fait de l'obtention d'un brevet l'idée d'une garantie pour l'utilité et le mérite d'une découverte; ce préjugé n'a que de faibles inconvénients en droit commun, mais il en aurait d'immenses dans une matière aussi grave que celle-ci. Il est vrai qu'on aurait pu permettre de prendre le brevet tout en concédant au gouvernement le droit d'accorder ou de refuser l'autorisation de vendre le remède; mais le législateur a craint les abus du pouvoir discrétionnaire, il a redouté les intrigues et les influences, et le législateur a bien fait. L'autorité a mille moyens de surveillance sur les pharmaciens qui présentent d'ailleurs des garanties personnelles; elle n'en aurait jamais eu que d'illusoires sur les autres débitants brevetés, pourvus d'une autorisation donnée plus ou moins en connaissance de cause.

Ce n'est pas à dire pour cela que l'on ait refusé d'entendre ceux qui auront trouvé ou prétendront avoir trouvé un moyen de guérison : la législation, tout en étant prudente, est suffisante sur ce point : on examinera la prétendue découverte, et si elle est utile on l'achètera de son auteur qui recevra ainsi sa récompense.

La loi de 1844 ne paraît protéger le public que contre les prétendus remèdes qui seraient découverts postérieurement; mais si elle ne s'occupe pas des découvertes antérieures à sa date, c'est qu'à leur égard les précautions étaient déjà suffisantes, comme nous allons nous en convaincre en étudiant sur cette matière la législation antérieure et postérieure à 1789.

On comprend l'importance capitale de cette étude des textes puisque le droit des inventeurs n'est qu'un droit *concédé*, un droit qui n'existe que dans les limites à lui assignées par l'autorité publique; qui, par suite, apporte en naissant un germe de mort qui le fera disparaître un jour.

La législation d'avant 1789 est, sur cette matière, beaucoup plus accentuée qu'on ne le pense généralement. Cette législation se résume en deux documents certains, l'un général s'appliquant à tous les priviléges industriels, l'autre spécial à notre matière.

C'est d'abord l'ordonnance du 24 septembre 1762 dont l'article 2 est ainsi conçu :

Digitized by Google

« Tous les priviléges *en fait de commerce* qui ont été ou qui « seraient dans la suite accordés indéfiniment et sans terme « seront et demeureront fixés et réduits au terme de quinze « années de jouissance à compter du titre de concession. »

Nous pensons que le texte de cette ordonnance est applicable aux priviléges conférés par la vente des remèdes secrets. Car on entend par *fait de commerce* l'achat pour revendre, puis la revente elle-même, qui est la continuation de la spéculation primitive, et cela sans qu'on s'inquiète de savoir si l'acte porte ou non sur des médicaments, si la personne qui l'accomplit est ou n'est pas commerçante.

Mais si le texte de l'ordonnance paraît applicable à notre matière, son esprit ne doit laisser aucun doute à ce sujet. Ainsi que nous l'annonce son préambule, l'ordonnance a été édictée pour mettre un terme à la perpétuité des priviléges, et s'il était une matière où cela fût nécessaire, c'était assurément la nôtre : voici du reste comment le législateur explique lui-même les restrictions qu'il apporte aux monopoles :

« Les priviléges n'ont pas toujours le succès qu'on en « pouvait attendre, soit parce que ces priviléges illimités « semblent plutôt être un patrimoine héréditaire qu'*une ré-* « *compense personnelle*, soit parce que le privilége passe sou- « vent à des personnes qui n'ont pas la capacité requise. »

L'ordonnance que nous venons de citer est évidemment contraire *à la perpétuité prétendue* des priviléges concédés avant la révolution. Mais nous avons sous la main deux autres documents législatifs spéciaux qui rendent impossible toute discussion sérieuse à ce sujet.

C'est d'abord l'article 10 des lettres patentes d'avril 1778, portant établissement d'une Société royale de médecine. Cet article 10 révoque sans distinction les permissions et brevets précédemment accordés à l'effet de débiter des remèdes, puis il permet avec de sages restrictions d'en accorder de nouveaux :

« ..... Voulons qu'aucun remède ne puisse être vendu et « distribué sans une délibération de la Société de méde- « cine..... Supprimons et révoquons tous brevets et permis- « sions précédemment accordés, sauf à ceux qui les auront « obtenus à se pourvoir devant ladite Société. »

Digitized by Google

Ainsi donc, les inventeurs anciens ne jouiront du monopole, de même que les inventeurs nouveaux, qu'à la charge de s'être fait délivrer un brevet par la Société royale de médecine. Mais pour combien de temps ce brevet sera-t-il accordé? *Pour trois années seulement.* C'est ce que nous apprend l'article 8 d'un arrêt du conseil du 5 mai 1781 *sur la distribution des remèdes*, arrêt dont le but, comme le dit son préambule, est de compléter l'article 10 de l'ordonnance d'août 1778 rapporté ci-dessus.

En effet, cet article 8 de l'arrêt est ainsi conçu :

« Nulle permission, brevet ou privilége ne seront accordés « *que pour trois années*, passé lequel temps ils ne seront « d'aucune valeur. »

Et afin qu'il n'y ait aucun doute possible sur l'application de cette disposition à tous les priviléges, quelle que soit leur date, l'article 11 *in fine* rappelle la suppression des anciens priviléges :

« L'intention de S. M. est que toutes autres lettres-patentes; « priviléges ou brevets quelconques concernant la distribu- « tion des remèdes soient abolis conformément à l'article 10 « des lettres-patentes d'août 1778. »

En présence de documents législatifs si précis, on se demande comment il a été possible de soutenir que les priviléges accordés aux inventeurs de remèdes secrets avant la révolution existent encore aujourd'hui. C'est que la législation moderne n'est pas aussi claire que la législation ancienne sur cette matière; c'est qu'il existe certains textes où l'on a cru trouver la preuve d'un changement de système tout en faveur des anciens privilégiés.

Ces textes rétrogrades ne se trouvent évidemment pas dans la loi du 21 germinal an XI qui interdit sévèrement la vente et même l'annonce de remèdes secrets :

Art 25. « Nul autre qu'un pharmacien ne peut préparer, « vendre ou débiter aucun médicament. »

Art. 36. « Tout débit, toute distribution de drogues ou « préparations médicamenteuses, toutes annonces et affiches « qui indiqueraient des remèdes secrets, sous quelque dé- « nomination qu'ils soient présentés, sont sévèrement pro- « hibés. »

La contravention à l'article 36 est punie par la loi du

Digitized by Google

29 pluviôse an XIII d'une amende de 25 à 600 francs et, en cas de récidive, d'un emprisonnement de trois à dix jours.

Ce qui a donné lieu aux difficultés, c'est d'abord un décret de prairial an XIII et un autre décret de 1810 qui supposent l'existence de remèdes secrets autorisés. Ces textes, nous les interpréterons, mais auparavant examinons en raison le système qui soutient la persistance indéfinie des monopoles concédés pour l'exploitation des remèdes.

On peut faire à ce système de graves reproches :

En effet, il prend pour base une idée fausse : à savoir que le droit de veto sur le travail d'autrui, le droit d'empêcher l'imitation et la reproduction, puisse jamais être un droit de propriété, et par suite un droit absolu, perpétuel et transmissible à l'infini. Nous avons démontré qu'au contraire, de sa nature, le droit de l'inventeur n'est jamais qu'un privilége concédé, que la rémunération limitée d'un service rendu à la société. Nos adversaires sont bien obligés de reconnaître (et c'est là une inconséquence choquante) que le droit des inventeurs en toute autre matière n'existe que pour un certain temps; ils trouvent, dès lors, que des hommes qui sont la gloire non-seulement de leur pays, de leur temps, mais encore de l'humanité tout entière, ont été assez récompensés par un privilége temporaire, mais ils réclament de bien plus hautes faveurs, un privilége illimité pour le premier empirique venu!

Le Parlement anglais aura cru faire un acte de haute faveur en accordant à M. Watt un brevet de vingt-quatre ans au lieu de quatorze; le pays aura vu là une exception d'autant plus honorable qu'elle est plus rare, et nos adversaires ne craindront pas de réclamer infiniment davantage pour des gens tous plus inconnus les uns que les autres!

Mais s'il en doit être ainsi, il faudra respecter les priviléges même accordés dans les temps où l'art médical n'existait pas encore, où la médecine n'était qu'un composé informe d'astrologie et d'alchimie assaisonné de mysticisme, et cette époque n'est pas très-loin de nous. Pour s'en convaincre, il suffit d'ouvrir Montaigne qui nous dépeint la médecine de son temps.

Je copie au liv. II, ch. 37 :

« Le choix de la plupart des drogues est aucunement

Digitized by Google

« mystérieux et divin : le pied gauche d'une tortue, l'urine « d'un lézard, la fiente d'un éléphant, le foie d'une taulpe, « du sang tiré sous l'aile droite d'un pigeon blanc, etc. »

Avant d'aller plus loin, nous pouvons résumer d'un mot les développements auxquels nous nous sommes livrés jusqu'à présent : condamnation absolue de la perpétuité des priviléges non-seulement par l'ancienne législation et par la loi du 21 germinal an XI, mais encore par la saine raison et la plus simple logique. Nous pouvons maintenant passer sans crainte à l'examen des deux textes qui, en supposant l'existence légale de remèdes secrets, soulèvent de véritables difficultés. C'est d'abord le décret du 25 prairial an XIII dont l'article 1er est ainsi conçu :

« La défense de vendre des remèdes secrets (contenue dans la loi du 21 germinal an XI) *ne s'applique pas aux pré-* « *parations et remèdes qui, avant la publication de la loi du* « 21 *germinal an XI, avaient été approuvés*, et dont la distri- « bution avait été permise dans les formes alors usitées. » La fin de l'article dit que le gouvernement pourra accorder de nouvelles autorisations.

Il faut bien reconnaître qu'il y a loin du système de la loi de germinal au système de ce décret : la loi défend absolument la vente et même l'annonce des remèdes secrets, et cela sans exception ni réserve. Au contraire, le décret en autorise la vente et la distribution à de certaines conditions. Reste à savoir quels sont ces médicaments que le décret vient ainsi arracher à la proscription de la loi. Mais avant de le rechercher, il est bon de remarquer que le décret de prairial est inconstitutionnel au premier chef. La Constitution de l'an VIII n'accordait à l'Empereur que le droit *de faire des règlements pour assurer l'exécution des lois;* elle ne lui accordait pas le pouvoir de défaire, de réformer la loi, ce qu'il a pourtant fait dans l'espèce. Mais laissons de côté ce reproche qui a bien son importance, et recherchons quels sont au juste les médicaments qui, d'après le décret, ne tombent pas sous la prohibition rigoureuse de la loi de germinal an XI. Il y a des personnes qui pensent que ce sont les remèdes secrets autorisés par lettres patentes de l'ancien régime.

Je réponds que c'est impossible, parce que le laps de temps, les trois années pendant lesquelles devait durer le

Digitized by Google

privilége acquis sous l'ancienne législation, aux termes de l'arrêt du conseil du 5 mai 1781, étaient expirées depuis longtemps en l'an XIII, et que, dès lors, on ne pourrait appliquer le décret aux anciens priviléges sans lui faire produire un effet rétroactif, violant le droit acquis par le public de fabriquer les remèdes en question.

Si l'explication que donnent nos adversaires sur le décret de prairial est inadmissible, en voici une autre qui est, au contraire, parfaitement juridique :

J'ai déjà dit qu'en notre matière des droits de l'inventeur, comme en beaucoup d'autres, l'ancien régime n'avait point établi de règles fixes, que l'autorité était libre d'accorder ou de ne pas accorder de priviléges suivant son bon plaisir. La Constituante ne pouvait laisser subsister un tel arbitraire, et par la loi du 7 janvier 1791 elle déclara que l'auteur de toute découverte a droit à un brevet d'invention. La Constituante était tellement préoccupée des intérêts de l'inventeur qu'elle n'avait refusé le brevet ni aux industries illicites ni aux procédés pharmaceutiques quelconques. On peut difficilement se figurer à combien d'abus donna lieu cette porte ouverte à la spéculation et au charlatanisme. Aussi la loi du 14 mai 1791, postérieure de quatre mois seulement à la précédente, vint-elle autoriser les tribunaux à prononcer la nullité du brevet pris contrairement à l'intérêt public. En notre matière spéciale, voici comment on procédait : on laissait l'inventeur du prétendu remède prendre un brevet, puis l'autorité médicale était saisie, et suivant qu'elle déclarait le remède utile ou non, le brevet était maintenu ou annulé.

Les brevets pris sous l'empire de cette dernière loi, c'est-à-dire depuis le 7 janvier 1791 jusqu'au 21 germinal an XI, soit par des pharmaciens, soit même par de simples particuliers ayant, comme tous les autres brevets, une durée de *quinze années*, on comprend parfaitement qu'en l'an XIII il y eut encore un grand nombre de débitants privilégiés de remèdes. Comme il pouvait y en avoir d'utiles et que d'ailleurs il y avait en faveur des débitants une sorte de droit acquis dont la loi du 21 germinal an XI n'avait peut-être pas assez tenu compte, le décret de prairial a voulu laisser achever aux priviléges le temps qu'ils pouvaient avoir encore à vivre ; mais là s'arrête la portée du décret ; il ne s'occupe que des brevets

Digitized by Google

pris depuis la loi du 7 janvier 1791 jusqu'au 21 germinal an XI; il n'entend en aucune façon faire revivre les priviléges accordés sous l'ancien régime, forcément éteints depuis longtemps.

Du reste, à admettre par impossible que les anciens priviléges aient persisté malgré tout, ils n'ont pas été plus loin que le décret du 18 août 1810, concernant les remèdes secrets.

Le décret de prairial an XIII avait substitué au régime des brevets, que la loi du 14 mai 1791 permettait de prendre même en matière pharmaceutique, le régime des autorisations administratives. Il paraît que ce dernier système n'avait guère réussi dans la pratique, puisque le préambule du décret de 1810 constate la nécessité de le remplacer, « pour augmenter « d'une part les moyens de l'art de guérir, et d'autre part em- « pêcher le charlatanisme d'imposer un tribut à la crédulité « et d'occasionner des accidents funestes. » Dorénavant on récompensera les inventeurs de remèdes, non plus par un monopole, mais en leur achetant leur secret.

Cela est très-bien pour les découvertes qui se feront postérieurement à 1810, mais que vont devenir les privilége antérieurement accordés? Le décret leur consacre plusieurs dispositions et leur étend le système de l'acquisition du secret remplaçant le monopole.

« Titre 1er. *Des remèdes dont la vente a déjà été autorisée.* »

Art. 1er. « Les permissions accordées aux inventeurs ou « propriétaires de remèdes ou compositions *dont ils ont seuls* « *la recette* pour vendre ou débiter ces remèdes, cesseront à « partir du 1er janvier 1811. »

Art. 3. « Une commission examinera quel est le prix qu'il « convient de payer pour son secret à l'inventeur du remède « reconnu utile, en proportionnant ce prix : 1° au mérite de « la découverte; 2° aux avantages qu'on peut en espérer pour « le bien de l'humanité. »

Il est important de remarquer que l'annulation générale des autorisations concédées antérieurement n'a pas été subordonnée par le décret au règlement préalable des indemnités, ni à la réalisation du traité entre les privilégiés et l'État : cette double opération était de nature à entraîner des difficultés pour la solution desquelles le délai fixé (du 18 août

Digitized by Google

au 1er janvier) eût été complétement insuffisant, d'autant plus que la communication du secret eût pu valablement se faire le 31 décembre 1810.

En accordant quatre mois aux privilégiés, le décret a seulement voulu leur donner le temps de déposer les formules de leurs remèdes entre les mains de l'autorité. C'est du reste ce que suppose l'article 2 : ..... « D'ici à cette époque, lesdits « inventeurs ou propriétaires remettront, s'ils le jugent con- « venable, à notre ministre de l'intérieur une notice, etc. »

Et qu'arrivera-t-il s'ils n'ont rien déposé entre les mains de l'autorité *dans les délais successivement étendus par elle?* Il arrivera que le principe du décret s'appliquera, c'est-à-dire que le monopole n'en sera pas moins perdu.

On a voulu échapper à ce raisonnement en essayant d'appliquer à notre matière les principes qui régissent les expropriations, en vertu desquels, tant que vous n'avez pas été indemnisé, vous restez maître de votre chose. Mais, entre la matière de l'expropriation et celle dont nous nous occupons, il y a des différences telles qu'on ne peut juridiquement transporter dans l'une les règles concernant l'autre.

Dans l'expropriation pour cause d'utilité publique, il y a trois opérations essentielles : la déclaration d'utilité publique faite au moins par décret, la déclaration faite par justice de l'expropriation, c'est-à-dire la translation de la propriété sur la tête de l'État, enfin la fixation d'une indemnité juste et préalable par un jury spécial.

Dans notre matière il y a bien un décret qui déclare supprimer les monopoles; mais ce qui est le fond de l'expropriation, la translation de la propriété sur la tête de l'État, manque absolument, et cela par un excellent motif : c'est que devant la résistance des privilégiés il était impossible de se mettre en possession des recettes, et que, dans ce cas, l'autorité ne pouvait qu'empêcher leur exploitation. Enfin, dans notre matière, nous ne voyons plus figurer, comme cela a lieu forcément dans toute expropriation, *une indemnité juste et préalable*, puisque, d'une part, il n'y aura d'indemnité que dans le cas où la recette sera utile et que, d'autre part, la suppression du privilége se sera produite de plein droit à l'expiration d'un délai plus ou moins long, et cela que l'indemnité ait été ou non réglée.

Digitized by Google

Ainsi donc, c'est un système particulier que le décret du 18 août 1810 a introduit concernant les remèdes secrets, et qui se résume en deux mots : on récompensera les inventeurs, non plus par un monopole, mais en leur achetant leur formule. En cas de refus ou d'inaction prolongés au delà du temps nécessaire pour faire examiner le remède, les inventeurs ou leurs ayants cause ne pourront empêcher aux tiers de mettre en vente la prétendue découverte sous la dénomination qui sert habituellement à la désigner. Inutile de dire que l'emploi de cette dénomination devra être accompagné d'indications suffisantes pour prévenir toute confusion sur l'individualité du fabricant et la provenance du produit (Cass., 31 janv. 1860. — Syr., 1860, I, 782).

La jurisprudence, qui avait tout d'abord penché du côté de la doctrine contraire (Paris, 20 nov. 1847; Metz, 5 mars 1856; Orléans, 4 août 1860), paraît bien décidée maintenant à faire respecter, dans la pratique, le système que nous avons développé. Voir l'arrêt de Dijon du 3 août 1866 (Syr., 1866, II, 362) rendu après le renvoi prononcé par la Cour de cassation le 30 décembre 1863 (Syr., 1864, I, 95). *Junge*, l'arrêt de rejet du 17 août 1867 (Syr., 1868, I, 232) et l'arrêt de cassation du 30 décembre 1863 (Syr., 64, I, 95).

Toutes ces décisions de la Cour suprême nous montrent jusqu'à l'évidence combien de détenteurs de remèdes secrets ont refusé de se soumettre au décret de 1810, et combien l'administration s'est peu occupée de le faire respecter dans la pratique. L'abus était tellement flagrant en 1844, lorsque l'on fit la loi sur les brevets d'invention, que les Chambres crurent nécessaire de rappeler le gouvernement à l'exécution des documents législatifs régissant la matière. Ce fut dans ce but que l'on ajouta à l'article 3 de la loi un alinéa ainsi conçu :

« Ne sont pas susceptibles d'être brevetés : les composi-
« tions pharmaceutiques ou remèdes de toute espèce, lesdits
« objets demeurant soumis aux lois et règlements spéciaux
« sur la matière, *et notamment au décret du 18 août 1810*
« *relatif aux remèdes secrets.* »

Il est donc impossible, légalement parlant, qu'il existe aujourd'hui aucun monopole pour l'exploitation des remèdes à quelque date qu'ils aient été découverts. Remarquez bien, du

Digitized by Google

reste, que les priviléges antérieurs à la révolution étaient éteints depuis longtemps quand parut le décret de 1810, et que ce texte ne leur est applicable qu'en ce qu'il offre aux inventeurs et à leurs ayants cause d'acheter leur secret s'il en vaut la peine.

Ainsi que nous l'avons vu, notre législation témoigne à chaque instant de la volonté bien arrêtée de sauvegarder, contre les séductions du charlatanisme, la bourse et la santé publiques. La jurisprudence, elle aussi, entend que l'art de guérir et la préparation des remèdes qui en sont les moyens soient confiés exclusivement à des mains exercées par l'étude et l'expérience. Malheureusement l'administration a cru devoir se montrer très-large vis-à-vis des inventeurs ou détententeurs de prétendus remèdes. Sans doute, son autorisation de tolérance ne saurait fournir au propriétaire du remède le principe d'une action en dommages-intérêts contre des tiers à raison de la concurrence qu'ils lui feraient en mettant en vente le même produit, mais les conséquences de ce système n'en sont pas moins fâcheuses.

Celui qui souffre, dont la foi est toute prête, dont l'oreille est attentive au seul mot de guérison, entendant chaque jour les mille voix de la presse proclamer un remède miraculeux et universel, se persuade bien vite qu'à son mal correspond le remède proposé. Sans réfléchir que la détermination de la maladie est un premier fait qui lui échappe; que le remède en question pour être efficace ne doit pas être indifféremment appliqué à toute dose, dans toutes les périodes, dans toutes les variations du mal, il n'hésite pas à livrer son corps aux mains d'un homme qui est ordinairement hors d'état de juger par lui-même de l'opportunité de l'application, et qui, le plus souvent, ne cherche qu'à débiter avantageusement sa marchandise.

Voilà le résultat auquel la négligence de l'administration nous a voués fatalement. Espérons qu'un jour viendra où la loi, reprenant complétement et absolument son empire, confondra les imposteurs et chassera devant elle tous ceux qui voudraient faire du temple d'Esculape une caverne de voleurs!

H. DUVERGEY.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

DE LA DURÉE PERSISTANTE DE L'ENSEMBLE DU DROIT CIVIL FRANÇAIS

PENDANT ET DEPUIS LA RÉVOLUTION DE 1789,

Par M. VALETTE,
membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Compte rendu par M. C. ACCARIAS, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Le titre que je viens de transcrire est celui d'un mémoire lu en décembre 1870 à l'Académie des sciences morales et politiques. Sous cette forme modeste, qui a l'avantage de fixer immédiatement l'attention de quelques savants, mais qui, en revanche, échappe trop facilement au gros du public, même au public lettré, M. Valette a exécuté un travail sobre et dense, très-nourri de faits et d'idées, et qui contient, si je ne m'abuse, tous les germes d'une œuvre beaucoup plus considérable. On ne résume pas un résumé : je me contenterai donc de retracer la marche générale du mémoire, heureux si je réussis à éveiller la curiosité de quelques-uns par la conviction du profit qu'ils ont à retirer de cette intéressante et solide lecture.

M. Valette, comme l'indique très-clairement son titre, se propose d'établir que la révolution française n'a ni bouleversé ni refondu l'ensemble de notre droit privé, et que, sauf les modifications rendues nécessaires par des principes politiques nouveaux, notre Code civil actuel reproduit d'une manière à peu près constante la législation en vigueur avant 1789. Or ceci suppose qu'une certaine unité de législation existait déjà dans notre ancienne France, et c'est ce que M. Valette s'applique d'abord à faire ressortir. On a tout dit et beaucoup exagéré sur le chaos qui naissait autrefois de l'extrême diversité des coutumes[1]. « Vous changez de jurisprudence, écrivait Voltaire, en changeant de chevaux[2]. » Mais cette diversité était encore plus dans la manière d'ap-

[1] Voltaire (*Précis du siècle de Louis XV*, ch. 42) prétend qu'on en comptait jusqu'à cinq cent quarante.

[2] *Dialogue entre un plaideur et un avocat.* Édition Beuchot, t. XXXIX.

Digitized by Google

pliquer les principes que dans les principes eux-mêmes. Et en effet, si le droit privé n'est que l'expression de nos habitudes de tous les jours, s'il est, comme le dit excellemment M. Valette, « le fond même de notre vie[1], » comment concevoir un peuple qui n'aurait pas jusqu'à un certain point des habitudes identiques et une manière de vivre uniforme? Il est remarquable, d'ailleurs, que l'unité la plus absolue régnait tant dans les matières réglées par ordonnances royales que dans celles où le droit civil se confondait avec le droit canonique. Enfin, une autre cause d'unité, et la plus puissante peut-être, résultait de la grande influence du droit romain : non-seulement les pays coutumiers eux-mêmes l'observaient comme loi dans le silence de la coutume[2], mais il est bien connu que les jurisconsultes s'en servaient, autant qu'il leur était possible, pour commenter les coutumes et les ordonnances, et pour donner, si je puis ainsi parler, la façon scientifique au droit.

Abordant l'œuvre de la révolution, M. Valette constate que les principes nouveaux par lesquels elle a directement agi sur notre droit civil se ramènent à deux, savoir : l'égalité des biens et des personnes devant la loi et la pleine séparation des pouvoirs spirituel et temporel. Le premier principe s'accusa tout d'abord avec éclat par l'entière abolition du régime féodal et des priviléges seigneuriaux. Plus tard il entraîna, dans la matière des successions, la suppression des avantages attachés jadis au droit d'aînesse, à la masculinité et à la naissance d'un premier lit, et dans la matière des donations entre-vifs et des testaments, la prohibition des substitutions fidéicommissaires. Du second principe découlèrent notamment la sécularisation du mariage, le divorce aujourd'hui supprimé, la remise des actes de l'état civil à des officiers municipaux, et la consécration légale du prêt à intérêt.

Sous la réserve de ces innovations, très-considérables as-

[1] Page 6.

[2] On contesta quelquefois que le droit romain dût suppléer à la coutume. Mais d'après le célèbre avocat Fourcroy, « il n'y avait là qu'une erreur enfantée par l'ignorance et nourrie par la paresse. » (Bretonnier, préface des *Questions de droit*.) Il est curieux de remarquer que Voltaire qui n'était pas jurisconsulte, et son témoignage n'en est que plus significatif, présente aussi cette autorité du droit romain comme reçue dans la pratique (Voltaire, *Précis du siècle de Louis XV*, ch. 42).

Digitized by Google

surément, mais qu'il était facile de faire entrer dans la science sans en troubler l'harmonie, notre droit privé actuel, envisagé dans ses traits généraux, ne diffère pas sensiblement du droit ancien. Si nous considérons avant tout le droit des personnes, sans doute la condition civile des étrangers en France nous apparaît notablement améliorée, et nous rencontrons une institution toute nouvelle pour nous, l'adoption, que l'Assemblée nationale de 1792 emprunta à l'ancienne Rome, plutôt par un esprit d'imitation mal réfléchie que pour satisfaire à un besoin réel. Ces deux points écartés, nul changement d'une importance véritable. Dans l'organisation de la propriété, la révolution effaça la distinction aristocratique et surannée du domaine éminent et du domaine utile ; sauf cela, elle consacra le droit ancien qui lui-même n'était que la reproduction de la théorie romaine dans son dernier état. Quant aux contrats et obligations, le droit antérieur à 1789 fut si peu modifié qu'aujourd'hui encore le titre de notre Code civil, qui se réfère à cette matière, trouve son meilleur commentaire dans le *Traité des obligations* de Pothier, dont il est le résumé. Enfin, si la révolution a introduit dans notre régime hypothécaire une publicité qui protège les droits des tiers, cette innovation a pu s'adapter sans effort à la théorie des hypothèques, telle que l'avait faite notre ancienne jurisprudence. Bref, de 1789 à 1804, jamais le législateur français n'a rejeté l'expérience et les travaux du passé; bien au contraire, il les a conservés et se les est appropriés dans la mesure du possible; et il n'en pouvait être autrement, puisque les lois civiles, en même temps qu'elles reflètent l'idée invariable du juste, expriment les habitudes séculaires d'un peuple, habitudes encore plus difficiles à déraciner que celles des individus.

La dernière moitié du travail de M. Valette est consacrée au développement d'une comparaison ingénieuse et qui donne un plein relief à son idée générale. On sait que le projet rédigé en exécution de l'arrêté consulaire du 24 thermidor an VIII, et qui aboutit à la confection de notre Code civil, avait été précédé de quatre autres projets. Les deux premiers, œuvre de Cambacérès, furent présentés à la Convention nationale les 9 août 1793 et 9 septembre 1794. Le troisième, œuvre aussi de Cambacérès, fut présenté en 1796

Digitized by Google

au conseil des Cinq-Cents. Le quatrième, enfin, rédigé par Jacqueminot, fut présenté le 21 décembre 1799 à la commission législative du conseil des Cinq-Cents. M. Valette passe en revue ces quatre projets pour les comparer, et de cette comparaison trois idées essentielles se dégagent : 1° Ces projets sont tous conçus dans un esprit aussi conservateur que le permettaient les passions de l'époque. Si leurs auteurs semblent parfois annoncer qu'ils rompent avec le passé et refondent tout le droit civil, en cela ou ils déclament selon la mode de leur temps, ou ils emploient un artifice destiné à protéger leur œuvre contre la critique. Mais la nouveauté est bien plus souvent dans les mots que dans le fond des choses. C'est ainsi que, traitant des priviléges, Cambacérès les appelle *des droits de préférence entre les créanciers*, afin d'éviter une expression qui eût paru mal sonnante à des oreilles plus susceptibles que réfléchies. 2° La tendance révolutionnaire va s'effaçant de plus en plus dans les quatre projets, de telle sorte que le second innove moins que le premier, le troisième moins que le second, et le quatrième moins que le troisième. Pour me borner à quelques exemples, le premier projet reconnaissait à l'homme et à la femme mariés une égale capacité pour l'administration de leurs biens respectifs; mais la Convention nationale ne goûta pas cette idée, et elle ne reparut pas dans les projets subséquents. Les deux premiers projets proscrivaient la vente à réméré, elle fut admise dans le troisième. Dans les trois projets de Cambacérès, la représentation était consacrée d'une manière absolue en ligne collatérale; le projet Jacqueminot la restreignit aux descendants des frères et sœurs. 3° Enfin, le retour aux anciennes traditions se manifeste plus nettement encore dans le Code civil de 1804. C'est ainsi qu'il reconnaît le droit de tester, que les quatre projets précédents proscrivaient, comme si le testament n'était pas au plus haut degré une institution libérale. Ainsi encore consacre-t-il le serment supplétoire, la nullité de certains contrats pour lésion et les hypothèques légales, toutes choses rejetées par Cambacérès et sur lesquelles le projet incomplet de Jacqueminot ne s'expliquait pas.

De cette rapide et trop sommaire analyse tout le monde conclura que si notre Code civil a ses racines dans un passé qui remonte bien au delà de la révolution, nos études juridi-

Digitized by Google

ques ne sauraient être vraiment complètes et approfondies qu'à la condition d'embrasser dans tout le cours de sa durée et dans toute la variété de ses éléments le droit de notre ancienne monarchie, de même que pour entrer en plein dans le génie d'un homme politique ou d'un artiste, il convient de le suivre dans toutes les situations qu'il a traversées et sous les diverses influences qu'il a pu subir. Dans l'ordre moral, une autre conclusion s'offrira naturellement aussi aux esprits sérieux : c'est qu'entre la France ancienne et la France actuelle il n'y a ni solution de continuité ni opposition radicale. L'idée contraire, qui conduit les uns à une haine irréfléchie du passé, les autres à un dénigrement systématique du présent, n'est ni vraie ni patriotique. Un fils garde toujours le sang paternel : Insensé, quand il craint d'aller plus loin que son père; ingrat, si, l'ayant dépassé, il le renie. M. Valette, qui s'adressait à une assemblée d'élite, n'avait pas besoin d'exprimer ces idées; mais il peut être bon de les répéter quelquefois à une génération qui n'est ni assez laborieuse ni suffisamment animée de l'esprit de conciliation que les circonstances réclament.

Tairai-je une dernière réflexion? En lisant le mémoire de M. Valette, je me suis plusieurs fois demandé pourquoi il n'avait pas encore songé à nous donner une histoire interne du droit civil français. Une telle œuvre, bien autrement intéressante que tous les commentaires du Code civil et beaucoup moins exposée à tomber dans l'oubli, est de nature à tenter un savoir vaste et profond, un esprit dont la curiosité pénétrante a touché à tout, et qui partout apporte une personnalité puissante et des vues à lui. Quarante ans d'enseignement, qui ont été quarante ans de recherches laborieuses et de méditation assidue, ont mis à la disposition de M. Valette un ensemble de matériaux et d'idées qu'aucun jurisconsulte peut-être ne possède au même degré et auxquels il ne reste plus qu'à donner la forme. C. ACCARIAS.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

1181 — Paris.— Imprimerie Cusset et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DE LA JURISPRUDENCE

SUR LA QUESTION DE SAVOIR

SI L'ÉTAT PEUT DONNER A BAIL DES PORTIONS DU RIVAGE DE LA MER POUR Y ÉTABLIR DES CABANES DESTINÉES A RECEVOIR LES BAIGNEURS QUI VIENNENT PRENDRE DES BAINS DE MER.

V, arrêt de la Cour de Caen, 21 août 1866; Sir.-Dev., 1867, 2, 256; et Cour de cassation, 7 juillet 1869 (*préfet du Calvados* c. *commune de Langrune*), Sir.-Dev., 1869, 1, 418.

Par M. Serrigny, doyen de la Faculté de droit de Dijon.

§ 1er.

Cette question, de la plus haute importance et qui intéresse, d'une part, l'État, à raison de l'étendue des rivages de la mer qui bordent le territoire de la France sur une grande partie de ses limites, et d'autre part, les baigneurs qui viennent, chaque été, chercher des forces et de la santé dans ces eaux salutaires, semble avoir été résolue négativement par les arrêts de la Cour de Caen et de la Cour de cassation cités plus haut. Mais ces arrêts ont été l'objet d'une critique très-vive de la part de M. Gay, administrateur de l'enregistrement et des domaines [1].

De quel côté se trouve la vérité? C'est ce que nous nous proposons d'examiner. M. Gay n'a vu la question que d'un seul côté, celui du revenu que l'État pourrait retirer de la location de ces rivages de la mer. Cela se comprend à raison des fonctions qu'il a occupées pendant toute sa vie et qui l'ont conduit au sommet de son administration; mais la question a un autre point de vue d'un ordre plus élevé, qui a échappé à cet habile administrateur : je veux dire le monopole ou la liberté, en d'autres termes, la conciliation de cet éternel problème, quelle est la limite de la puissance sociale et des droits individuels quant à la jouissance des rivages de la mer, pour en retirer la plus grande somme des avantages qu'ils peuvent procurer à la nation, spécialement

[1] *De la propriété des rivages de la mer*, par M. Gay, brochure in-8°. Cotillon, éditeur.

Digitized by Google

en ce qui concerne la faculté de s'en servir pour s'y baigner avec les commodités et les convenances qu'exige notre état de civilisation? Voilà l'autre face de la question qui a presque exclusivement préoccupé les deux Cours devant lesquelles a été portée la contestation qu'elles ont jugée.

Dans l'espèce jugée, la question débattue mettait en saillie le point de vue du monopole, et c'est celui-là qui, avec raison, a prédominé devant l'autorité judiciaire. Les tribunaux ne peuvent pas faire abstraction des faits qu'ils ont à apprécier, et qui ont tant d'influence sur leurs décisions.

En fait, la commune de Langrune avait pris à bail de l'État, le 20 janvier 1865, une portion de la plage de la mer bordant le territoire de cette commune, avec faculté de l'exploiter ou de la faire exploiter à son gré. Le 24 mars suivant, elle en avait sous-loué une partie au sieur Roussel, avec le droit exclusif d'y établir des cabanes et des tentes, d'y placer des chaises et de guider les baigneurs à la mer. Voilà la convention dont la nullité a été demandée et prononcée en première instance, en appel et en cassation par les motifs formulés de la manière suivante par cette dernière Cour :

« Attendu que si l'État a, sur le domaine public, un « droit général en vertu duquel il peut, à la condition de « respecter la destination de ce domaine, concéder certaines « jouissances sur les choses qui en dépendent, ce droit ne « saurait aller jusqu'à permettre à l'État ou aux administra- « tions qui le représentent, de se réserver ou de conférer « des priviléges ou des monopoles sur ces choses, et de rete- « nir ainsi ou de conférer à un seul l'exercice du droit qui « appartient à tous ;

« Attendu que l'acte par lequel le préfet du département « du Calvados, agissant comme représentant l'État, a donné « à bail à la commune de Laugrune une partie de la plage de « ce nom pour une durée de trois années, a eu pour résultat « de mettre à la disposition de ladite commune le droit « exclusif qu'elle a sous-loué, en effet, à Roussel pour la « même durée, d'avoir des cabanes à l'usage des bai- « gneurs dans toute l'étendue de la plage louée par le « domaine ;

« Attendu que les rivages de la mer sont une partie du « domaine public, et que tout le monde a le droit d'y exercer

Digitized by Google

« librement les divers usages qu'ils comportent ; qu'il n'ap-
« partenait pas, dès lors, au préfet du Calvados, comme
« représentant l'État, d'accorder à la commune la faculté de
« conférer à un seul, en excluant toute concurrence, le droit
« essentiel pour les établissements de bains d'une station
« maritime, de mettre des cabanes sur la plage ;

« D'où il suit qu'en décidant ainsi, et, en conséquence,
« en confirmant le jugement qui avait anéanti le bail consenti
« par le préfet du Calvados à la commune de Langrune, et,
« par suite, celui que cette commune a passé à Roussel,
« l'arrêt attaqué, loin d'avoir violé les dispositions de lois
« et les principes invoqués par le pourvoi, en a fait, au con-
« traire, une application exacte aux faits de la cause ; etc. »

Pour savoir si cet arrêt a bien jugé, examinons quels sont les principes que le droit des gens, et notre droit en particulier, accordent à chaque nation sur les rivages de la mer qui bordent son territoire.

En droit romain, des difficultés se sont élevées sur le point de savoir si les rivages de la mer doivent être mis au rang des choses communes ou seulement des choses publiques. Justinien semble adopter l'opinion du jurisconsulte Marcien, et les mettre dans la même classe que la mer, c'est-à-dire au rang des choses communes : *et per hoc littora maris* [1]. Mais d'autres juriconsultes regardaient les rivages de la mer comme une chose publique : *Littus publicum est eatenus, quo maximus fluctus æstuat* [2]. Celsus contredisait formellement la doctrine de Marcien, en disant : *Littora in quæ populus romanus imperium habet, populi romani esse arbitror* [3]. On ne permettait les ouvrages privés sur les rivages de la mer qu'avec les restrictions commandées par l'utilité publique : *in littore jure gentium ædificare licere, nisi usus publicus impediret* [4]. Même dans les eaux de la mer, les travaux particuliers n'étaient permis qu'autant qu'ils ne détérioraient point l'usage des rivages [5]; et dans les deux cas il fallait

[1] D., 1. 2, § 1, *De divis. rer.*; L. 14, *De adq. rer. dom.*; Inst., § 1, *De rer. div.*

[2] D., L. 112, *De verb. sign.*

[3] D., L. 3, *Ne quid in loc. publ.*

[4] D., L. 4, *dict. tit.*

[5] D., L. 3, § 1, *dict. tit.*

Digitized by Google

l'autorisation du magistrat pour se livrer à ces constructions[1].

Chez nous, il est certain que les rivages de la mer sont dans le domaine public[2], d'où la conséquence que l'administration publique doit avoir sur ces rivages les pouvoirs que nos lois lui confient sur les choses soumises à ce régime.

Cela posé, quelle est la règle suivie par notre législation quant à la jouissance des biens publics? C'est évidemment qu'ils sont susceptibles d'être donnés à bail, à moins que leur destination ne résiste à ce mode de perception de leurs produits. Ainsi, presque tous les chemins de fer sont concédés en exploitation à des compagnies concessionnaires, à un titre que la Cour de cassation elle-même qualifie de droit de bail[3]. La plupart des canaux de navigation sont concédés au même titre que les chemins de fer. Quant à ceux qui ne sont pas concédés et dont la jouissance est exploitée en régie par l'État, les francs-bords en sont utilisés par la location ou la vente du produit des herbes qui y croissent, par la plantation et la vente des peupliers ou autres espèces d'arbres. Le droit de pêche est donné à bail dans ces canaux et dans les fleuves et rivières navigables.

Aux termes de la loi du 11 frimaire an VII, « les recettes « générales de l'État se composent *du produit des propriétés « nationales de toute nature*, etc. »

Le domaine public municipal est également susceptible d'être donné à bail, aux termes de l'article 7 de la même loi, suivant lequel « les recettes communales se composent...: « 3° du produit *de la location des places* dans les halles, les « marchés et chantiers, *sur les rivières, les ports et les promenades publiques*, lorsque ces administrations auront reconnu « que cette location peut avoir lieu sans gêner la voie publique, la navigation, la circulation et la liberté du commerce. »

La loi municipale du 18 juillet 1837, article 31, range parmi les recettes ordinaires des communes : « 7° le pro-

[1] D., L. 50, *De adq. rer. dom.*
[2] Loi du 22 novembre-1er décembre 1790, art. 2; Code civil art. 538.
[3] V. Cour de cassation, 15 novembre 1861; Sir.-Dev., 61, 1, 888.

Digitized by Google

« duit des permis de stationnement et *des locations sur la* « *voie publique, sur les ports et rivières et autres lieux pu-* « *blics.* »

Rien n'est donc plus certain que le droit de l'administration publique de tirer parti des choses du domaine public, en les donnant à bail afin d'en recueillir le profit le plus avantageux pour la société. Ce pouvoir est la suite et la conséquence du droit de garde, de conservation et d'administration que la loi du 22 décembre 1789-janvier 1790, section 3, article 2, nos 5 et 6, lui donne *sur les propriétés publiques,... les rivières, chemins et autres choses communes.*

Ce droit a des limites et des restrictions considérables, dont les unes résultent de la nature même de ces propriétés publiques, et dont les autres sont écrites dans la loi elle-même. D'abord, il est certain que l'État ne pourrait par louer une route nationale, une rivière navigable, comme on donne à bail un champ, un pré, une maison. Ce serait aller contre la destination manifeste de ces objets, qui est de servir à l'usage du public, suivant leur destination naturelle. On devrait dire la même chose d'une forteresse, tant qu'elle conserve son affectation; d'une rue, d'une place publique, d'un chemin vicinal. Il n'est personne d'assez peu de sens pour concevoir une idée contraire.

D'autres fois, l'interdiction de louer un usage détermine de certaines portions du domaine public résulte d'une disposition de loi, comme celle tirée de la loi du 7 frimaire an XI, article 7, n° 3, transcrite plus haut, et dans laquelle la location de *places sur les rivières, les ports et les promenades publiques* doit avoir lieu *sans gêner la voie publique, la circulation et la liberté du commerce.* On doit se déterminer en ces circonstances, de même que dans une infinité d'autres cas, par la plus grande somme d'intérêt général. Le public, pour lequel ces choses sont soustraites à l'appropriation privée, est un excellent juge en ces matières. Il sent tout de suite, lorsque les faits qui donnent lieu à des difficultés se présentent, de quel côté se trouve son intérêt, et il approuve ou blâme avec justesse les actes de l'administration qui ont pour objet de restreindre ou de laisser libre l'usage des choses affectées au domaine public.

Appliquons ces réflexions générales aux rivages de la mer

Digitized by Google

et à l'établissement de cabanes pour l'usage de bains de mer, et nous verrons en sortir la solution véritable.

Demandons-nous d'abord dans quel domaine sont placés les rivages de la mer. Ici la brochure de M. Gay manque de précision et de netteté, quoique rien ne soit plus clair que les dispositions de notre législation sur ce point. Il place dans une même catégorie les *lais et relais* avec les *rivages de la mer*, et il dit : « L'État a donc le droit de vendre des « portions de plages; comment admettre alors qu'il n'ait pas « le droit de donner à bail des portions de plages? » (V. p. 14 de sa brochure.)

Il les met au nombre des *biens vacants et sans maître* dont parlent les articles 539 et 713 du Code civil. (V. p. 17.) « Ainsi, « dit-il, les rivages de la mer et autres biens susceptibles de « propriété privée appartiennent à l'État. Il n'a pas été dé- « rogé, en ce qui les concerne, aux articles 539 et 713. » (V. p. 33 *ib.*)

Tout cela est inexact : *les rivages de la mer* sont dans le domaine public, en vertu de l'article 538 du Code civil, et *les lais et relais de la mer* sont dans le domaine de l'État, en vertu de l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807, qui a dérogé en ce point à l'article 538 du Code. Quant à l'article 539 du même Code, il contient un vice de rédaction relevé en ces termes dans une note du Code de M. Tripier, mon ancien élève : « Dans l'édition de 1804, l'article 539 se termi- « nait par ces mots : *appartiennent à la nation;* l'édition du « 3 septembre 1807 y a substitué ceux-ci : *appartiennent au « domaine public.* » Cette édition de 1807, faite après l'institution des majorats, a eu pour but de confirmer cette institution en la mentionnant dans l'article 896, 3e alinéa, et de faire disparaître tous les vestiges du régime républicain qui rappelaient la souveraineté de la nation.

Tout le monde sait, d'ailleurs, que les différences principales entre les biens du domaine public et ceux du domaine de l'État sont que les premiers sont inaliénables et imprescriptibles, tandis que les seconds sont aliénables et prescriptibles. Or l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807 dit que « le gouvernement concédera, aux conditions qu'il aura ré- « glées, *les lais et relais de la mer.* » Donc ces objets font partie du domaine de l'État, dont ils suivent les règles. On

Digitized by Google

entend par *lais*, les alluvions que forment la mer, les fleuves et les rivières aux parties riveraines; et par *relais*, les terrains que la mer, les fleuves et les rivières abandonnent en se retirant insensiblement d'une rive et se reportant sur l'autre[1].

Quant aux rivages de la mer, voici les dispositions de l'ordonnance de la marine (août 1681), les concernant : « Ti-
« tre VII, article 1er. Sera réputé *bord et rivage* de la mer tout
« ce qu'elle couvre et découvre pendant les nouvelles lunes,
« et jusques où le grand flot de mars se peut étendre sur
« les grèves.

« Art. 2. Faisons défenses à toutes personnes de bâtir sur
« les rivages de la mer, d'y planter aucuns pieux, ni faire
« aucuns ouvrages qui puissent porter préjudice à la naviga-
« tion, à peine de démolition des ouvrages, de confiscation
« des matériaux, et d'amende arbitraire. »

Il est évident, d'après ce texte, que nul n'a le droit d'établir, de son autorité privée, des cabanes de bains sur les rivages de la mer, et qu'il est besoin pour cela de la permission de l'autorité administrative, à laquelle la police et la garde de ces rivages est confiée.

Peut-elle faire payer cette permission, cette concession, sous la forme de jouissance à titre de bail ou sous telle autre dénomination que l'on voudra lui donner? Non, a dit la Cour de cassation par son arrêt du 7 juillet 1869, dans une espèce où le bail emportait la jouissance d'un monopole exclusif.

Cette solution me paraît rationnelle dans l'espèce, et je l'admets toutes les fois que le monopole existera. La jurisprudence de la Cour de cassation est corroborée par celle du conseil d'État qui a décidé :

1° Par un arrêt du 30 avril 1863 (*ville de Boulogne*), que le ministre des finances a excédé ses pouvoirs en accordant à la ville de Boulogne le droit exclusif de faire circuler des voitures sur la plage;

2° Par un arrêt du 19 mai 1858 (*Vernes*), que le maire de Trouville n'a pu imposer à tout baigneur l'obligation de se servir des cabines du preneur de la ville, ou de lui payer une taxe.

[1] V. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, vis LAIS ET RELAIS, t. VI, p. 719, 4e édit.— *Adde* art. 556 et 557 du Code civil.

Digitized by Google

3° On peut également invoquer, par analogie, les arrêts du même conseil des 15 février 1864 et 7 juin 1865 (*Lesbats*), qui ont décidé qu'un préfet ne peut, sans excès de pouvoirs, concéder à un entrepreneur de voitures publiques le droit exclusif d'entrer dans les cours d'une gare de chemin de fer, ni imposer à tout entrepreneur qui veut user de ce droit d'entrée la condition de desservir tous les trains.

Ces dernières solutions du Conseil d'État sont d'autant plus remarquables que la Cour de cassation, à l'occasion de la même affaire, avait décidé, par un précédent arrêt du 6 décembre 1862, que l'arrêté préfectoral qui interdit l'accès des gares de chemins de fer situés dans le département, sans une autorisation spéciale du préfet, à toute voiture publique ou omnibus pour le transport des voyageurs et des bagages, est légal et obligatoire[1]. Le Conseil d'État s'était donc montré plus libéral que la Cour de cassation dans cette affaire *Lesbats;* il avait donné à cette Cour une leçon dont elle a profité dans son arrêt du 7 juillet 1869 (*préfet du Calvados*).

A l'inverse, il me semble qu'il est permis à l'État d'exiger une rétribution des concessionnaires, locataires ou autres ayants droit à sa jouissance individuelle, sans monopole, pour établir des cabanes de baigneurs sur les rivages de la mer. A l'appui de cette solution, j'invoquerai les autorités suivantes :

1° M. Ch. Robert, commissaire du gouvernement, dans ses conclusions du 30 avril 1863 (*ville de Boulogne*), a dit : « En « exécutant ainsi l'article 41 (de la loi du 16 septembre 1807), « nous ne songeons nullement à méconnaître le droit géné- « ral qui appartient au gouvernement sur le domaine pu- « blic. En effet, en vertu de ce droit, le gouvernement ou les « administrations qui le représentent peuvent, à la condition « de respecter la destination du domaine public, concéder « certaines jouissances sur les objets qui en dépendent. C'est « ainsi que l'administration de la marine autorise des éta- « blissements de pêche, *des cabanes de bains sur le rivage même* « *de la mer;* que l'administration de la guerre vend l'herbe « qui croît sur les talus des fortifications; que d'autres ad- « ministrations permettent aux communes de percevoir des

[1] V. Sir.-Dev., 1863, 1, 55.

Digitized by Google

« taxes de stationnement sur les dépendances du domaine « public (§ 3 de l'art. 7 de la loi du 11 frimaire an VII); et « lorsqu'une redevance doit être payée à l'État, le ministre « des finances intervient nécessairement. » (V. *Recueil de Lebon*, 1863. p. 405.)

Et cependant c'est dans ces mêmes conclusions que le commissaire a demandé et que le Conseil d'État a prononcé l'annulation, pour excès de pouvoirs, de l'arrêté du ministre des finances qui avait concédé, sous forme de location, à la ville de Boulogne le droit, *à l'exclusion de toute concurrence*, de faire circuler et stationner sur une partie du rivage de la mer, des voitures de baigneurs pour y prendre ou y donner des bains. Rien n'est plus clair et plus formel que ces conclusions, et cet arrêt a eu pour but d'établir la distinction que nous défendons entre la concession à prix d'argent sans monopole, avec la concession à titre de monopole.

2° Le regretté M. Dufour, dans son *Traité général du droit administratif appliqué*, 2e édit., t. IV, n° 229, p. 228, dit également : « Nous ne doutons point que le gouvernement ne « puisse se réserver le droit exclusif *d'établir des cabanes pour « les bains, et en livrer la jouissance au public au moyen d'un « bail passé au profit de simples particuliers.* »

3° M. Gaudry, dans son *Traité du domaine*, t. I, p. 180, dit en parlant de l'inaliénabilité des rivages de la mer : « Il ne « faut cependant pas en conclure que l'administration ne « puisse pas accorder des permissions compatibles avec les « droits du public et les intérêts de la navigation; car l'État « a le pouvoir d'administrer le domaine public dans l'intérêt « bien entendu de tous. Mais ces concessions ne sont pas « une véritable propriété du sol du rivage; leur existence « est subordonnée à l'intérêt général; elles ne doivent jamais « être faites qu'à cette condition et d'une manière précaire ; « leur suppression pourrait être exigée lors même qu'elle « n'aurait pas été réservée par l'acte de concession, et l'in- « dividu obligé de supprimer sa construction ne pourrait « réclamer aucune indemnité, car il a su que le domaine « public était absolument inaliénable, et il n'a pu en dispo- « ser qu'avec la pensée de le rendre à sa destination primi- « tive, lorsque l'intérêt public l'exigerait. »

4° On peut invoquer à l'appui de cette distinction la dispo-

Digitized by Google

sition de la loi du 16 juillet 1840, article 8, reproduite chaque année dans la loi de finances, et qui porte : « Continuera d'être « faite conformément aux lois existantes, la perception... des « redevances pour permissions d'usine et de prises d'eau « temporaires, toujours révocables sans indemnité, *sur les « canaux et rivières navigables.* » A la vérité, il ne s'agit point ici des rivages de la mer; mais il suffit de lire l'article 538 du Code civil pour voir que les fleuves et rivières navigables sont rangés dans le même domaine public que les rivages de la mer, et que, dès lors, d'après la maxime juridique *ubi eadem ratio ibi idem jus*, il y a lieu de décider que l'administration doit être autorisée à tirer parti des établissements de cabanes de baigneurs, toutes les fois qu'elle se fait sans constituer un monopole préjudiciable au public.

Ainsi se trouve justifiée notre distinction entre les concessions même à prix d'argent de certains usages sur les choses du domaine public, toutes les fois que la concession ne dégénère pas en monopole préjudiciable au public, dont l'intérêt est la loi suprême qui domine toute cette matière.

§ 2.

Il reste maintenant à examiner une question de procédure qui se rattache à la question principale posée en tête de cette dissertation : quelle est l'autorité compétente pour statuer sur la légalité ou l'illégalité des concessions de jouissance de partie des rivages de la mer, à l'effet d'y établir des cabanes de baigneurs, et pour appliquer les distinctions établies ci-dessus ?

On a vu, par les citations faites à l'appui de la distinction dont il s'agit, que tantôt la question a été portée devant le Conseil d'État sous forme de recours, pour excès de pouvoirs, comme dans l'espèce de l'arrêt du 30 avril 1863 (*ville de Boulogne*), rendu sur les conclusions de M. Robert, et tantôt devant l'autorité judiciaire, comme cela est arrivé dans l'affaire *préfet du Calvados* c. *commune de Langrune*, jugée par la Cour de cassation le 7 juillet 1863. Laquelle de ces deux voies est la plus conforme aux règles du droit civil et du droit administratif ? Je crois qu'il faut distinguer : 1° La jouissance de la chose du domaine public, v. g. des rivages de la mer,

Digitized by Google

a été accordée par une concession de l'autorité administrative; c'est un acte administratif spécial à l'administration et émané de ses agents; la voie à suivre est le recours administratif contentieux ou pour cause d'excès de pouvoir, qui aboutirait au Conseil d'État statuant au contentieux; c'est celle qui a été suivie dans l'espèce de l'arrêt du Conseil d'État, du 30 avril 1863 (*ville de Boulogne*), dans laquelle M. Ch. Robert a donné ses conclusions, ainsi qu'on l'a vu plus haut. Cela est conforme à la règle sur la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire.

2° La décision de l'administration s'est produite, je le suppose, sous la forme d'arrêté réglementaire. La voie à suivre est double : le recours à l'autorité administrative par la voie administrative; du maire au préfet et au ministre, si l'arrêté attaqué émane du maire. (V. en ce sens mon *Traité de la compétence administrative*, n° 1413, 2e édit.) On peut aussi se pourvoir devant l'autorité judiciaire pour cause d'illégalité, en vertu de l'article 471, n° 15, du Code pénal, comme dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre 1864. (Sir.-Dev., 65, 1, 243. V. aussi mes *Questions de droit administratif*, p. 592, n° 52, quant aux différences entre les deux voies.)

3° La jouissance des rivages de la mer a été accordée par un acte en forme de bail, comme dans l'espèce jugée par la Cour de cassation le 7 juillet 1869 (*préfet du Calvados*); le bail étant un contrat de droit civil, il y a lieu de se pourvoir devant le tribunal civil pour en demander l'annulation. C'est ce qui a eu lieu dans l'espèce alléguée, sans que la question de compétence ou d'incompétence ait été soulevée.

SERRIGNY.

Digitized by Google

DU MORCELLEMENT DE LA PROPRIÉTÉ ET DES MOYENS JURIDIQUES D'Y REMÉDIER.

Examen critique d'une proposition faite à l'Assemblée nationale [1].

Par M. Pierre DE LA GORCE, avocat, docteur en droit.

L'idée fondamentale de notre loi sur les successions, c'est de maintenir entre les copartageants la plus stricte égalité. Jaloux de réagir contre les tendances de l'ancien régime, et, en outre, désireux de plaire à l'opinion, fort indifférente à la liberté, mais en revanche fort éprise des principes démocratiques, les rédacteurs du Code s'attachèrent à accorder les mêmes droits aux enfants d'une même famille sans distinction de sexe ni de primogéniture, à restreindre dans d'étroites limites la quotité disponible et à entourer le partage de garanties suffisantes pour qu'aucun avantage indirect ne pût s'y cacher. C'est ainsi que le droit d'aînesse fut implicitement abrogé; c'est ainsi que les substitutions, si décriées au XVIIIe siècle, furent formellement abolies; c'est ainsi qu'une large réserve instituée au profit des héritiers en ligne directe ou des ascendants vint prévenir les abus du droit de tester. Mais ces précautions, si multipliées et si minutieuses qu'elles fussent, ne parurent point aux auteurs de nos lois nouvelles suffisamment efficaces. L'inégalité entre les cohéritiers pouvait en effet résulter non-seulement de dispositions testamentaires ou de substitutions établies en faveur de l'un d'eux, mais encore des opérations mêmes du partage si elles n'étaient soumises aux règles les plus sévères. Une succession se compose le plus souvent de meubles et d'immeubles dont il est fort difficile d'apprécier la valeur respective. Or, un partage qui, sans diviser les biens divers dont se compose une hérédité, mettrait dans chaque lot tels ou tels immeubles ou telles ou telles créances distinctes pourrait profiter ou nuire à l'un des copartageante par suite d'une estimation fondée sur des calculs inexacts. Il arriverait ainsi qu'en dehors de tout avantage préciputaire, le principe d'égalité serait fréquemment violé. C'est pour prévenir de telles conséquences que le

[1] *Journal officiel*, 17 et 24 juin 1871.

Digitized by Google

législateur a déclaré, dans l'article 826 du Code civil, que « chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession », et a ajouté dans l'article 832 qu'il convient, s'il se peut, de faire entrer dans chaque lot « la même quantité de meubles, de droits ou de créances de même nature et valeur ».

L'égalité entre les cohéritiers était donc assurée, soit par les restrictions apportées à la faculté de disposer, soit par les formalités sévères auxquelles le partage est soumis. Mais quelles ont été, au point de vue économique, les conséquences de cette législation ? C'est ce qu'il faut maintenant étudier. Question importante, à coup sûr : car c'est le caractère commun de toutes les lois sur la transmission des biens qu'elles exercent leur action sur la société tout entière, action d'autant plus sûre qu'elle est plus lente, d'autant plus efficace qu'elle est plus génerale.

On ne saurait se dissimuler que le Code civil, en favorisant la division des biens et en morcelant les héritages, n'ait, dans les premiers temps qui suivirent sa promulgation, puissamment contribué aux progrès de l'agriculture. Au XVIIIe siècle, la terre était le privilége d'un petit nombre de propriétaires qui ne se préoccupaient de leurs domaines que pour en tirer de quoi faire figure à la cour. La culture était confiée à des tenanciers indifférents comme on l'est quand on travaille pour autrui, vivant loin de la présence du maître et ne disposant d'aucun capital pour les améliorations nécessaires; beaucoup de fiefs étaient d'ailleurs érigés en substitions au profit de fils de famille uniquement jaloux d'entretenir leur splendeur besogneuse et nullement désireux de perpétuer la valeur du fonds. Aussi, sauf autour des villes où le sol était possédé par la bourgeoisie et dans quelques provinces éloignées où la noblesse avait conservé le goût de la vie rurale, l'agriculture, privée de ressources et livrée à des métayers, laissait en friche de vastes campagnes que le travail eût aisément fécondées. C'est ce qu'attestent les doléances des économistes, les rapports des intendants, les cahiers des états-généraux et aussi les récits des étrangers qui s'écriaient comme Arthur Young [1] : « Grand Dieu ! donne-moi patience

[1] Arthur Young, *Voyage en France.*

Digitized by Google

de voir un si beau pays dans un tel état d'abandon et de misère. » En présence d'un pareil état de choses, une législation qui consacrait le régime nouveau établi par la révolution, qui opposait à la reconstitution des anciens domaines les prohibitions les plus formelles et qui, par la règle du partage égal, morcelait à chaque génération les héritages, devait être considérée comme un immense bienfait. Désormais, la propriété devenait accessible à tous ; de plus, la division du sol était une puissante garantie de bonne exploitation : car celui qui ne possède qu'un champ de médiocre étendue consacre à le cultiver toute son intelligence et toute son énergie. Aussi, au commencement de ce siècle, ce fut merveille de voir comment les terres réputées les plus ingrates produisirent, grâce au rude labeur des paysans, les récoltes les plus abondantes ; et la valeur du sol augmenta dans des proportions plus considérables encore lorsque la fin des guerres de l'Empire eut rendu à l'agriculture les bras dont elle était privée. L'exemple de l'ancien régime avait jeté sur la grande propriété le plus complet discrédit, et l'on se rappelle quelles colères excitaient parmi les campagnards les publicistes de l'opposition lorsqu'ils faisaient pressentir par leurs insinuations perfides la prochaine reconstitution des domaines seigneuriaux : c'est qu'en dehors même de toute considération politique on admettait, en ce temps-là, comme un axiome incontestable, cette maxime que « plus la glèbe est divisée, plus elle s'améliore et prospère ».

Tel fut, durant les premiers temps qui suivirent la promulgation du Code civil, l'état de l'opinion publique. Mais bientôt une plus longue expérience mit en lumière les défauts de notre législation successorale : les réclamations, d'abord timides, s'enhardirent à la longue et se multiplièrent ; et, par un de ces revirements assez ordinaires à notre époque, à l'approbation la plus complète succédèrent les plus graves critiques. C'est d'ailleurs à des sources diverses que les adversaires du système adopté par les auteurs du Code puisaient leurs objections, et si tous étaient d'acord sur la nécessité d'une réforme, chacun cherchait dans les tendances particulières de son esprit la raison de se décider. Tout d'abord, certains publicistes, uniquement absorbés par le point de vue politique, s'effrayaient de l'excessif morcellement du sol, crai-

Digitized by Google

gnaient qu'avec la grande propriété ne disparussent aussi les grandes existences qui y étaient attachées, et regrettaient que la destruction de toute influence locale rendît nécessaire un régime de centralisation très-voisin de la servitude. Le principal inspirateur de notre législation nouvelle, disait-on dans cet ordre d'idées, c'est-à-dire le premier consul, ne s'y est d'ailleurs point trompé : n'est-ce pas lui, en effet, qui, dans une lettre au roi Joseph, lui recommandait d'établir le Code civil à Naples, lui affirmant que, grâce à l'égalité des fortunes, toute résistance serait bientôt brisée et sa domination paisiblement assise ? « Le Code civil consolidera votre puissance, écrivait à son frère l'Empereur Napoléon ; grâce à lui, tout ce qui n'est pas fidéicommis tombe, et il ne reste plus de grandes maisons que celles que vous érigez en fiefs [1]. »

Aux objections tirées de l'ordre politique se joignaient les réclamations des économistes, réclamations non moins vives et, avouons-le de suite, non moins sérieuses. Pour déterminer le caractère d'une législation, disaient-ils, il ne faut point seulement en apprécier les conséquences les plus immédiates, mais encore en envisager, s'il est possible, les résultats les plus éloignés. Sans doute, il est aisé de comprendre que la division des grandes propriétés seigneuriales et les obstacles opposés à leur reconstitution aient été, dès l'abord, considérés dans nos campagnes comme un bienfait; mais il n'est pas moins vrai d'ajouter qu'aujourd'hui le morcellement des héritages a atteint des proportions au delà desquelles il deviendrait pour l'agriculture un véritable fléau. Or, notre loi sur les partages, en ordonnant de placer dans chaque lot une portion de chaque domaine, doit fatalement, en l'espace de quelques générations, réduire la propriété à l'état parcellaire, à moins que les cohéritiers n'aient la rare sagesse de régler à l'amiable leurs droits respectifs : et encore faut-il ajouter que même dans ce cas, ils ne peuvent se soustraire aux règles légales si quelqu'un d'entre eux ne jouit point de sa pleine capacité. Prohibez toutes les institutions aristocratiques de l'ancien régime, ajoutent les économistes, nous y consentons de grand cœur : maintenez la loi du partage égal, nous n'y mettons nul obstacle; mais ne

[1] *Mémoires du roi Joseph*, t. II, p. 275.

Digitized by Google

voyez-vous point que la division périodique des héritages doit nécessairement porter aux intérêts agricoles la plus rude des atteintes? Plus la terre est morcelée, plus les servitudes de toute sorte se multiplient, et plus aussi sont nombreuses les causes de procès entre voisins. La culture d'une propriété, si petite qu'elle soit, exige d'ailleurs la disposition d'un certain capital : il faut entretenir du bétail, acheter des engrais, se procurer des semences, et parfois les renouveler si la saison a été défavorable : or toutes ces avances de fonds excèdent les ressources de celui qui ne possède qu'un champ peu étendu ; et pourtant, faute de telles dépenses, le petit cultivateur se trouve, vis-à-vis de son voisin plus riche, dans un état d'infériorité que ce travail le plus assidu ne parvient pas à compenser. Ajoutons que, dans une petite exploitation, les frais généraux sont relativement plus considérables que dans une grande, et que l'emploi des machines y est presque impossible. Encore si les inconvénients qu'entraîne après soi l'excessif morcellement de la propriété ne devaient point s'accroître ! Mais chaque jour les aggrave, car chaque jour s'opèrent de nouveaux partages et, chaque jour aussi, la loi impose aux cohéritiers de nouvelles divisions.

Telles sont les objections des économistes. Mais en même temps, dans un autre ordre d'idées, d'excellents esprits, préoccupés avant tout de la nécessité de perpétuer de père en fils le patrimoine industriel ou agricole fondé par le chef de la famille, faisaient entendre des réclamations plus graves encore. Malgré les jalousies de la foule et les défiances du pouvoir, il subsiste encore dans notre pays quelques grandes exploitations rurales et quelques grands établissements industriels dus à l'activité intelligente d'un homme entreprenant et destinées, selon la nature des choses à devenir, pour la famille de leur fondateur, le point de départ d'une fortune considérable et d'une haute situation. Or, qu'arrive-t-il avec le système de notre législation? A la mort du père, si les cohéritiers ne s'accordent point, les règles sur les partages judiciaires doivent être appliquées, c'est-à-dire que chacun des copartageants a droit à sa part dans chaque bien, et que par conséquent l'usine ou la ferme doit être divisée en autant de lots qu'il y a de successibles. Dira-t-on que l'exploitation rurale ou l'établissement industriel laissé par le père de fa-

Digitized by Google

mille peut être considéré comme impartageable, et que par conséquent les règles rigoureuses des articles 826 et 832 doivent être tenues en échec? Soit : mais observez qu'un tel expédient sera le plus souvent impossible, faute de pouvoir trouver dans la succession du défunt de quoi indemniser ceux des cohéritiers auxquels l'immeuble ou l'usine n'échoira pas. Il faudra donc de toute nécessité ou *diviser* ou *liciter*. Or, une exploitation agricole ou une manufacture constitue une sorte d'unité morale que d'ordinaire on ne saurait briser. Et, quant à la licitation, elle peut être ruineuse lorsqu'elle n'est point entourée d'une suffisante publicité, ou lorsque la perspective d'une crise commerciale ou politique, en effrayant les capitaux et en décourageant l'esprit d'entreprise, laisse le champ libre à ces sociétés interlopes qui, en véritables bandes noires de l'industrie, acquièrent à vil prix les établissements livrés par le malheur des circonstances à leurs spéculations. En tous cas, sans attacher à la conservation des biens l'importance excessive qu'on y attachait autrefois, il est permis de critiquer une législation qui, par la voie de la licitation, convertit en une somme d'argent le fruit des travaux paternels et devient ainsi l'agent le plus actif de la mobilisation des fortunes et de la dispersion des familles. Voulez-vous briser toute exploitation agricole et frapper à mort toute autre industrie que l'industrie par actions? S'il en est ainsi, les règles du Code civil semblent merveilleusement imaginées pour atteindre un tel but. Sinon, il importe de modifier un système qui, sous prétexte de tout égaliser, menace de tout anéantir.

Comme il arrive toujours dans les pays où l'opinion réagit d'une façon plus ou moins directe sur le gouvernement, d'aussi vives réclamations sur un aussi grave sujet ne pouvaient manquer d'attirer l'attention des pouvoirs publics. Dès l'année 1856, le Sénat, saisi de pétitions où étaient retracés les inconvénients de l'excessif morcellement des biens, émit le vœu que les morceaux de terre inférieurs à un *huitième d'hectare* fussent par la loi déclarés impartageables et soustraits en conséquence à l'application des articles 826 et 832. Remède insuffisant, à coup sûr! Car si une telle mesure imposait une certaine limite à la division de la propriété, elle ne réglait nullement le sort des grandes exploitations rurales ou

Digitized by Google

industrielles. Quelques années plus tard, en 1864 et 1865 [1], la question qui nous occupe fut discutée au Corps législatif, mais à un point de vue plus général et dans des circonstances plus solennelles : notamment en 1865, par voie d'amendement au projet d'adresse, un certain nombre de députés demandaient que le gouvernement impérial « étudiât la question de savoir si, par suite de la transformation de la richesse et des changements dans les mœurs qui en ont été la conséquence, nos lois de succession n'appelleraient pas des modifications favorables à l'extension des droits du père de famille. » Ainsi, aux yeux des signataires de l'amendement, pour obvier au morcellement de la propriété et pour conserver dans les familles le patrimoine agricole ou industriel qui y a été créé, il ne suffisait point de modifier les règles du partage, mais il convenait de tenir en échec le principe de l'égalité lui-même et, sinon d'investir le père de famille du droit absolu de tester, d'augmenter du moins dans une large mesure la quotité disponible. Sans doute cet amendement ne réunit qu'un petit nombre de voix, mais combien n'en eût-il pas réunit d'avantage si, sans heurter de front le sentiment égalitaire toujours si vif chez nous, il se fût borné à réclamer, en ce qui concerne la formation des lots, des règles moins destructives de toute concentration de biens et de toute tradition de famille ! Chaque jour, en effet, se montraient les vices de notre législation : et de l'enquête agricole et industrielle entreprise vers la fin de l'Empire surgirent des vœux presques unanimes de réforme. Enfin, au mois de juin 1871, ces réclamations trouvèrent écho dans l'enceinte législative; et une proposition [2] émanée ne l'initiative parlementaire et ayant pour but de permettre la validation des partages même lorsque chaque lot serait composé de portions différentes de meubles, d'immeubles et de créances, fut présentée à l'Assemblée nationale qui se prononça en faveur de la prise en considération.

Nous venons de voir quelles doctrines ont adoptées, en matière de transmission de biens et de partage, les auteurs du Code et comment ce système, d'abord accueilli avec une sa-

[1] Voir les séances du 20 janvier 1864 et du 5 avril 1865.
[2] Voir le *Journal officiel* des 17 et 24 juin 1871.

Digitized by Google

tisfaction unanime, ne tarda pas à devenir, soit de la part des hommes politiques ou des publicistes, soit de la part des pères de famille, l'objet de vives réclamations. Puis, après avoir constaté quelles conséquences fâcheuses avaient entraînées l'exagération des tendances égalitaires, nous avons énuméré les différents projets de réforme présentés successivement dans nos assemblées. Il nous reste à déterminer si, parmi ces propositions, il s'en trouve qui obvieraient efficacement aux inconvénients que nous avons signalés ou si, au contraire, il faut chercher ailleurs un système propre à atténuer les vices de la législation actuelle : en autres termes, après avoir montré le mal, il faut indiquer le remède.

Les différents projets de réforme présentés à des époques diverses dans nos assemblées délibérantes peuvent en réalité se réduire à deux. Les uns pensent que, pour maintenir les biens dans la même maison, il faut accroître, au profit du père de famille, la quotité disponible. Tel était le sentiment des membres du Corps législatif qui, en 1865, demandaient au gouvernement l'extension du droit de tester. Les autres, au contraire, croient que la prudence et l'équité commandent de ne point porter atteinte à la réserve telle qu'elle a été constituée par le Code civil. Seulement, tout en respectant la loi du partage égal, ils combattent la disposition des articles 826 et 832 qui accordent à chaque héritier une portion dans chaque bien et en sollicitent l'abrogation. Tel est le sens du projet dont a été saisie, au mois de juin dernier, l'Assemblée nationale.

S'il nous fallait opter entre ces deux solutions, notre choix ne serait pas douteux. Assurément, la liberté de tester a, dans ces derniers temps, conquis à sa cause une foule de bons esprits. On a soutenu qu'elle aurait pour infaillible résultat de restaurer l'autorité paternelle. On a prétendu qu'en reconstituant la grande propriété foncière, elle rétablirait de grandes influences locales propres à rendre aux provinces l'animation et la vie dont elles sont depuis si longtemps privées. On a ajouté, pour vaincre toutes les objections, que nulle part en Europe la quotité disponible n'était restreinte dans d'aussi étroites limites que chez nous, et qu'en Angleterre notamment la législation consacre la plénitude du droit de disposer du père de famille. Pourtant, sans contester la

Digitized by Google

valeur de telles raisons ou l'autorité de tels exemples, nous ne croyons pas que la liberté de tester puisse opposer un obstacle efficace au mal que nous avons constaté. Une chose nous frappe tout d'abord : lorsqu'en 1865, au cours de la discussion de l'adresse, un certain nombre de députés, représentés à la tribune par M. le baron de Veauce, demandèrent l'extension des droits du père de famille, combien de voix réunit la proposition? Quarante-deux; et ce chiffre si restreint indique à lui seul combien la liberté de tester est chez nous peu populaire. Cette impopularité ne tient point seulement aux souvenirs de l'ancien régime, mais il convient d'en chercher la cause dans des motifs d'un ordre plus sérieux et plus elevé. Dans un pays comme l'Angleterre, où des débouchés de toute sorte s'offrent à l'activité individuelle, où le temps et les mœurs ont développé l'esprit d'émigration, où les prodigieuses ressources de l'industrie autorisent des espérances de fortunes rapides, on comprend la liberté de tester; car, dans un tel milieu, l'enfant même dépouillé de l'héritage paternel, peut compenser cette infériorité primitive et, selon l'énergique expression de nos voisins d'outre-mer, se tirer avec succès de la bataille de la vie. Il en est autrement chez nous, où l'esprit d'initiative est moins développé, où le goût des entreprises lointaines est moins commun, où les capitaux sont plus défiants : et il est permis d'affirmer que, dans notre état social, les jeunes gens privés de leur part successorale seraient le plus souvent hors d'état de se suffire à eux-mêmes. Nos mœurs d'ailleurs rendraient peu commun l'exercice du droit de tester, tant il est vrai que, chez nous, l'esprit de famille a gagné tout ce que l'esprit de race a perdu! Consultez, en effet, les dépositions des chefs de famille qui ont apporté à l'enquête industrielle et à l'enquête agricole l'expression de leurs vœux. Demandent-ils le rétablissement du droit d'aînesse? Pas le moins du monde. Réclament-ils la liberté de tester? Ils n'en prennent nul souci. Ils se contentent de constater que la plupart des exploitations rurales ou des usines sont à chaque génération soumises à la loi du morcellement et passent, en vertu d'une licitation, entre les mains d'étrangers. Au point de vue moral et économique, ils déplorent une législation qui brise impitoyablement et fatalement les héritages, et ils sollicitent des règles nouvelles

Digitized by Google

qui mettent fin à un pareil état de choses. Qu'on ne s'y trompe point : ce n'est point l'inégalité qu'ils veulent établir entre les enfants d'une même race : loin de là, leurs réclamations peuvent se réduire en deux mots : *Règles meilleures et plus larges en matière de partage, maintien du principe d'égalité.* L'extension des droits du père de famille ne serait donc point un remède approprié au mal que nous avons signalé, et ne satisferait point l'opinion publique. La liberté de tester est sans doute un instrument puissant, mais à condition qu'on en use. Or, on aurait beau la proclamer dans nos lois, on ne la ferait point pénétrer dans nos mœurs, et au point de vue spécial qui nous occupe, les inconvénients qu'entraîne notre législation actuelle sur les partages subsisteraient tout entiers.

Changer les règles du partage sans porter atteinte à la réserve nous paraît donc plus pratique et plus sage que de proclamer la liberté de tester. Tel est du reste le sens de la proposition présentée au mois de juin dernier à l'Assemblée nationale par MM. Baragnon, Mortimer-Ternaux et Lucien Brun et prise par elle en considération. Aux termes de cette proposition, les articles 826 et 832, qui ordonnent de mettre dans le lot de chaque cohéritier une part de chaque meuble, immeuble ou créance, doivent être modifiés : le principe d'égalité doit sans doute être respecté ; mais ce principe une fois admis, peu importe que chacun des copartageants ait ou non sa part *in specie* dans chaque bien dont se compose l'hérédité, le partage n'en sera pas moins valable. Le débat qui s'est élevé sur la prise en considération de ce projet en a d'ailleurs suffisamment indiqué le caractère et la portée. Il ne s'agit point, ont dit les auteurs de la proposition, de rétablir le droit d'aînesse, de créer des majorats industriels ou agricoles, de proclamer la liberté de tester, mais uniquement d'arrêter l'excessif morcellement de la propriété et de prévenir les licitations désastreuses qui font passer entre les mains d'étrangers les exploitations rurales ou les usines créées par le chef de la famille. Loin de nous la pensée d'avantager indirectement l'un des enfants au détriment des autres ; mais si les parts de chaque cohéritier doivent être égales, il n'est point essentiel qu'elles consistent en biens de même nature. Tel a été notamment le langage de M. Bara-

Digitized by Google

gnon, et l'on ne peut nier qu'une telle réforme, aussi nettement délimitée dans sa nature et dans ses effets, ne soit propre à atteindre le but que nous nous proposons. Est-ce à dire toutefois que nous devions l'adopter sans examen? Nullement, car nous pensons au contraire qu'elle soulève les plus graves difficultés. Ce n'est pas que, pour l'attaquer, nous prétendions reproduire les objections qui ont été présentées par les adversaires de la prise en considération : en effet, à l'Assemblée nationale, on a combattu, au nom des principes démocratiques, la proposition que nous étudions, et, comme il arrive souvent, les considérations politiques ont absorbé toutes les autres. Mais à un autre point de vue, au point de vue des principes juridiques et de leur équitable application en matière de partage, le projet de loi soumis aux délibérations de l'Assemblée mérite, comme on va le voir, de si graves reproches que, malgré ses apparents avantages, on ne saurait, selon nous, l'adopter sans danger.

Admettons pour un instant la proposition aujourd'hui à l'étude dans les bureaux de l'Assemblée nationale, voici comment s'opéreront les liquidations de succession : on évitera autant que possible de diviser les immeubles dont la succession se compose, on formera les lots avec des biens de natures diverses : si, dans l'hérédité, se trouve une usine ou une ferme constituant une sorte d'unité morale qu'il est difficile de briser, on ne la licitera point, mais on l'attribuera à l'un des enfants plus propre par ses aptitudes à la faire valoir, sauf à ce dernier à indemniser ses frères et sœurs en tant que l'estimation de l'établissement industriel ou agricole à lui concédé dépassera le montant de sa part successorale. Eh bien! il ne faut pas réfléchir longtemps pour apercevoir les vices d'un tel système. Lorsqu'un père de famille, avant de mourir, fait par testament le partage de ses biens entre ses enfants, on comprend qu'il puisse légitimement donner à l'un un immeuble, à l'autre un établissement industriel, à un troisième des valeurs mobilières : car nul ne connaît mieux que lui les goûts et les besoins de chacun, et il agit d'ailleurs dans la plénitude de sa puissance paternelle. On comprend également que les cohéritiers, lorsqu'ils sont d'accord, puissent régler leurs intérêts suivant leurs convenances personnelles. Mais, dans notre hypothèse, aucun partage testa-

Digitized by Google

mentaire n'est intervenu, aucun accord n'existe entre les cohéritiers; et c'est dans ces circonstances que vous voulez établir une doctrine nouvelle qui permette d'attribuer à l'un tous les immeubles sous prétexte qu'il est agriculteur, à l'autre un fonds de commerce sous prétexte qu'il a des aptitudes pour le négoce, à un troisième des valeurs mobilières sous prétexte qu'étant fonctionnaire et appelé à changer de résidence, il importe de le décharger des soucis qu'exige la propriété foncière. Sans doute un pareil système évitera le morcellement des biens et des licitations. Mais à qui accorderez-vous l'immense pouvoir de discerner les besoins, les goûts, les désirs de chacun des cohéritiers, et de déterminer les parts en conséquence? Ce ne sera pas au père de famille qui est mort sans rien décider : ce ne sera pas non plus aux enfants eux-mêmes puisqu'ils ne peuvent s'accorder : ce sera en réalité au notaire chargé de former et d'égaliser les lots et de préparer ainsi les éléments de la liquidation que sera dévolue cette mission capitale. Mais quel notaire acceptera un rôle qui le constitue l'arbitre souverain et en quelque sorte responsable des intérêts de la famille? A supposer qu'il l'accepte, saura-t-il le remplir convenablement? A supposer qu'il le remplisse convenablement, les cohéritiers s'inclineront-ils tous devant sa décision? En vain direz-vous qu'en cas de difficulté, on recourra au juge-commissaire chargé de présider aux opérations du partage. Le juge commissaire, qui ne connaît point les copartageants, sera encore moins propre que le notaire à déterminer quels biens il convient de placer dans le lot de chacun d'eux. En vain objectera-t-on que le droit réservé au tribunal d'accorder ou de refuser son homologation suivant que le partage s'est ou non accompli dans des conditions équitables, constitue pour les cohéritiers une suffisante garantie. Sans doute, le tribunal a l'autorité et les lumières nécessaires pour vérifier si le partage n'est entaché d'aucune fraude et si les règles légales ont été strictement observées ; mais exiger de lui qu'il apprécie les aptitudes de chacun, qu'il confirme en connaissance de cause l'attribution au profit de l'un d'un bien convoité peut-être par tous les autres, qu'il tranche en un mot, non pas seulement des questions de droit, mais des questions de goût et de convenance, n'est-ce point lui conférer une mission toujours délicate et

Digitized by Google

souvent impossible? Il importe assurément de prévenir les licitations et d'imposer des limites à la division des héritages; mais introduire *l'arbitraire* dans la formation des lots sous le spécieux prétexte d'empêcher le morcellement de la propriété, c'est substituer à un mal très-réel un mal plus grave encore.

En proposant de modifier les articles 826 et 832 du Code civil, respecte-t-on d'ailleurs le principe d'égalité? Sans doute, on n'y porte pas directement atteinte, et même les auteurs du projet ont protesté en termes énergiques de leur ferme volonté de le sauvegarder. Mais qui ne voit que, nonobstant les calculs les plus consciencieux, l'équilibre entre les cohéritiers sera rompu? Comment apprécier la valeur respective de biens de natures diverses? Comment, par exemple, comparer, sans aucune chance d'erreur, des immeubles qui représentent un revenu peu élevé, mais un capital considérable avec des actions industrielles soumises à toutes les chances de la hausse et de la baisse? Assurément, dans l'état actuel de notre législation, les partages d'attributions sont fréquents : mais alors les cohéritiers sont d'accord, jouissent de leur pleine capacité, subissent la loi qu'ils se sont librement imposée. Mais, dans notre hypothèse, les copartageants ne s'accordent pas : et c'est dans de telles conditions que, contrairement à leurs désirs et à leur volonté, vous limitez à tels ou tels biens déterminés leur droit successoral qui, de sa nature, porte sur tous les meubles et immeubles héréditaires. Bien plus, vous êtes invinciblement entraînés à rejeter ce principe d'égalité que vous vous étiez faits forts de sauvegarder : car, je le répète, une fois écarté le principe de la division des héritages, on peut arriver à une égalité *approximative*, mais presque jamais à cette égalité *absolue* qui est, en matière de partage, la règle fondamentale de notre législation.

Ni la liberté de tester telle que la demandait en 1865 au Corps législatif M. le baron de Veauce, ni l'abrogation des articles 826 et 832 du Code civil telle que la proposait naguère à l'Assemblée nationale M. Baragnon, ne nous paraissent propres à prévenir les licitations ou à empêcher l'excessif morcellement des terres. De ces deux remèdes, le premier est impuissant parce que, vu l'état de nos mœurs, il

Digitized by Google

ne serait point employé ; le second est dangereux parce qu'il remplace des règles fixes par des règles arbitraires et parce qu'il peut en bien des cas entraîner entre les copartageants de notables inégalités. Est-ce à dire toutefois que nous devions accepter dans toute leur étendue les conséquences regrettables de notre législation actuelle ? Nullement. Un remède existe en effet, remède non pas souverain, mais puissant. Ce remède, nous le trouverons dans l'application d'une de nos institutions les plus fécondes si elle était sagement comprise, l'institution du *partage d'ascendants*.

On sait que les rédacteurs du Code civil, en matière de partages d'ascendants, se sont montrés très-sobres de détails, se bornant à renvoyer pour les questions qu'ils ne résolvaient pas, soit aux règles générales sur les partages ordinaires, soit aux règles spéciales sur les donations et testaments. Or, faute de textes suffisamment explicites, les controverses les plus graves s'élevèrent bientôt dans la doctrine et dans la jurisprudence. Notamment on vit un certain nombre de pères de famille, en faisant, par voie de testament ou de donation, le partage anticipé de leur patrimoine, violer la règle des articles 826 et 832 qui prescrit de mettre dans chaque lot une quotité de chaque valeur héréditaire et former avec des biens de natures diverses la part de chacun de leurs enfants. Les uns, pour valider de telles dispositions, se sont fondés sur le respect des volontés du père de famille et aussi sur certains textes qui semblent limiter à des hypothèses déterminées les causes d'annulation des partages d'ascendants ; les autres, au contraire, pour les attaquer, se sont appuyés sur les articles 826 et 832, toujours applicables, quels que soient la forme et le caractère du partage. Il ne nous appartient pas d'entrer dans les détails de cette discussion ; mais en nous plaçant, non pas au point de vue de l'interprétation doctrinale, mais au point de vue des réformes dont notre législation est susceptible, c'est précisément dans les éléments de cette controverse que nous puisons notre solution. Que cherchons-nous en effet ? A éviter les licitations et à prévenir l'excessif morcellement des terres. Or, donner à l'ascendant la faculté de distribuer son patrimoine suivant les goûts et les aptitudes de chacun de ses héritiers, l'autoriser à faire entrer dans chaque part les biens qu'il lui convient d'y mettre,

Digitized by Google

n'est-ce pas un moyen efficace pour arriver à un tel résultat? Tranchez législativement la question aujourd'hui discutée dans la jurisprudence, déclarez que les règles rigoureuses des articles 826 et 832 ne sont applicables qu'aux partages judiciaires, dites qu'en cas d'omission de l'un des enfants, de lésion de plus du quart, d'atteinte portée à la réserve, le partage d'ascendants pourra être rescindé, mais qu'en dehors de ces trois cas prévus par les articles 1078 et 1079, il devra toujours être maintenu : et alors le père de famille, qui est le premier et le meilleur juge de toutes les questions qui intéressent la gestion de son patrimoine ou l'avenir de ses fils, pourra, s'il redoute le désaccord de ses cohéritiers et si la licitation ou le morcellement lui parait regrettable, pourvoir librement à la distribution de ses biens. Qu'on veuille bien le remarquer, il ne s'agit point ici, comme le proposait en 1865 M. le baron de Veauce, d'introduire dans nos lois la liberté de tester; car, en accordant à l'ascendant le droit de composer à son gré la part de chacun de ses héritiers, on maintient soigneusement la règle qui annule le partage dans les cas où la réserve serait entamée : c'est assez dire que notre réforme ne saurait éveiller aucune susceptibilité démocratique. Il ne s'agit pas non plus de ressusciter les inconvénients que nous avons relevés dans la proposition de M. Baragnon. Si le projet présenté à l'Assemblée nationale prête à l'arbitraire, c'est qu'il investit le notaire chargé de former les lots et le tribunal chargé d'homologuer le partage, de la mission de discerner les aptitudes de chacun des cohéritiers, c'est-à-dire de trancher des questions qu'ils sont peu propres à décider : mais ici c'est au père de famille qu'est dévolu un pareil rôle, et certes on ne pourrait souhaiter de juge plus éclairé. Quant au reproche d'entraîner parfois des inégalités, notre système l'encourt, il est vrai, comme celui de M. Baragnon : il importe pourtant de noter entre les deux hypothèses une notable différence. Certaines inégalités peuvent s'introduire dans un partage d'ascendants sans que les cohéritiers soient fondés à élever de plaintes sérieuses; car le père de famille peut librement disposer de sa quotité disponible, et lorsqu'en opérant la distribution de son patrimoine, il ne maintient pas entre ses enfants le plus exact équilibre, on ne saurait lui repro-

Digitized by Google

cher que d'avoir usé *indirectement* d'une faculté que la loi lui permet d'exercer *directement*. Au contraire, en matière de partages judiciaires, le principe de l'égalité absolue ne souffre aucun tempérament, et toute mesure qui a pour but d'y porter atteinte, même d'une façon indirecte, doit par cela même être écartée.

En résumé, tandis que la proposition de M. Baragnon abroge complétement la règle rigoureuse des articles 826 et 832, notre système aurait pour résultat de maintenir ces articles, mais en restreignant leur application au cas de partage judiciaire. Pour réaliser une telle réforme, il suffirait au surplus d'ajouter aux articles 1078 et 1079 qui déterminent les cas dans lesquels le partage d'ascendants peut être rescindé une disposition additionnelle ainsi conçue : « *Le partage d'ascendants ne pourra être attaqué pour inobservation des articles* 826 *et* 832. »

Tel est, en deux mots, le moyen le plus sage, à notre avis, pour éviter l'excessif morcellement des biens et prévenir le danger des licitations. Est-ce à dire qu'un tel remède puisse toujours lutter avec avantage contre la tendance générale qui entraîne les exploitations agricoles à se diviser et les entreprises industrielles créées par l'activité d'un seul homme à revêtir la forme de l'anonymat ? Nous n'oserions l'affirmer. Mais en tous cas le père de famille qui veut conserver intactes les *unités de biens* dont se compose son patrimoine, qui souhaite de transmettre à ses enfants, non pas la valeur de son héritage converti en argent, mais son héritage lui-même, qui est noblement jaloux de perpétuer dans sa famille l'industrie fondée par son intelligence et développée par son travail, ne pourra reprocher à notre Code d'opposer un invincible obstacle à ses légitimes désirs : car la loi, en lui permettant de faire entre ses enfants le partage de ses biens, l'autorisera à former à son gré le lot de chacun d'eux. Si le morcellement des terres et les licitations se produisent encore fréquemment, du moins *ils ne s'imposeront plus comme une loi fatale dans toute transmission d'hérédité*. On ne peut demander davantage au législateur. C'est au temps et au progrès des mœurs qu'il appartient de faire le reste.

PIERRE DE LA GORCE.

Digitized by Google

DU SERMENT JUDICIAIRE

ET DES DIFFICULTÉS SOULEVÉES A SON OCCASION.

Par M. Migneret, ancien conseiller d'État.

Fidèles aux doctrines spiritualistes de droit romain et au dogme chrétien, l'ancien comme le nouveau droit français ont fait une large part au serment dans l'organisation des preuves et des garanties judiciaires.

Le magistrat avant de monter sur son siége, le témoin avant de déposer, l'expert avant de remplir son mandat, le juré quand il prend rang parmi les juges et au moment où il rend son verdict, sont astreints à placer sous la foi du serment l'impartialité, la sincérité de ce qu'ils feront ou diront dans les actes auxquels ils sont associés.

Ce serment, dans le système de nos lois, n'est pas une promesse civile et purement humaine de ne pas fausser la vérité, c'est un acte religieux par lequel, suivant la définition de Domat, « celui qui jure prend Dieu pour témoin de la « fidélité de ce qu'il promet, ou pour juge et vengeur de son « infidélité s'il vient à y manquer. *Jurisjurandi contempta « religio satis Deum ultorem habet*[1]. »

Toute les nations européennes ont admis le serment dans le système de leur lois, et nous aurons occasion de le constater pour plusieurs quand nous traiterons de la forme du serment.

Jusqu'à une époque très-récente aucun jurisconsulte n'a contesté la légitimité de cette garantie. Et le législateur français, ne prévoyant même pas qu'il pût être soulevé de difficultés à cette occasion tant la notion du serment et de son caractère était entrée dans les mœurs, ne s'est occupé que des effets juridiques à assigner au serment judiciaire et des énonciations du serment professionnel sans se préoccuper de la forme de prestation.

Cependant des difficultés se sont produites. D'abord elles ont porté sur le mode de prestation et ont eu pour cause ou prétexte la liberté des cultes, peu à peu elles sont devenues

[1] Domat, livre III, sect. VI, § 1. L. 2, Code, *De reb. creditis et jurejud.*

Digitized by Google

plus sérieuses : s'attaquant à l'institution même, on a demandé non-seulement la liberté de prêter le serment suivant ses convictions religieuses, mais encore le droit de n'en point prêter au nom de convictions philosophiques qui s'opposaient à ce qu'on invoquât comme témoin ou vengeur un Être suprême et supérieur dont on ne reconnaissait pas l'existence.

Ces difficultés de la plus haute gravité paraissent avoir échappé à l'attention des auteurs du projet de réforme de notre procédure civile sur laquelle le Conseil d'État a été appelé à délibérer en 1870, ou s'ils les ont aperçues, ils ont cru prudent de ne pas les aborder.

Chargé comme rapporteur de préparer la résolution du Conseil, nous n'avons pas cru pouvoir imiter cette réserve et prévoyant, dès cette époque, l'explosion sans réticence des doctrines athéistes, nous avons cru devoir non-seulement aborder, mais résoudre des difficultés qui ne disparaissent point parce qu'en les ajourne.

Il nous paraissait d'autant moins possible de se refuser à cet examen que dans un pays voisin (la Belgique), et à propos de la refonte des lois de la procédure civile, la question a été posée et longuement discutée non-seulement quant à la forme, mais encore quant aux conséquences du refus de serment.

Mettons d'abord sous les yeux du lecteur le débat dans toute son étendue en laissant la parole au rapporteur de la commission belge.

« Restait une dernière question qui peut être formulée en « ces termes : La Société a-t-elle le droit d'imposer la presta- « tion du serment judiciaire avec *son caractère religieux ?* En « d'autres termes, peut-on s'affranchir de la formule prescrite « par la loi en alléguant des convictions religieuses ou philo- « sophiques ?

« Dégageons d'abord cette question de deux points sur « lesquels la discussion n'a pas porté.

« En premier lieu, pour ce qui concerne le serment déci- « soire, la commission a été unanime à penser que si la « partie à laquelle il est déféré, éprouve des scrupules, l'autre « partie est entièrement libre de relever la délation. C'est une « offre de transaction conditionnelle; le plaideur fait appel à

Digitized by Google

« la conscience d'un homme qu'il croit religieux, il n'est pas « tenu de se contenter d'une simple affirmation dépourvue « de toute sanction religieuse. Toutefois il peut, s'il le juge « à propos, accepter cette affirmation. C'est ce que le projet « consacre à l'article 20, en ajoutant que dans ce cas les ar- « ticles 1361 du Code civil et 226 du Code pénal recevront « application[1].

« En second lieu, personne ne trouve à redire à la jurispru- « dence qui n'exige pas le serment des *quakers*, des *anabap- « tistes*, des *mennonites*, par le motif que ces sectes religieuses « considèrent le serment comme un acte contraire au respect « dû à la Divinité.

« Mais dans ces derniers temps, des témoins cités en « police correctionnelle ont refusé de prêter le serment reli- « gieux, en se retranchant derrière leurs convictions ou leur « scrupules philosophiques, et la jurisprudence a refusé de « les entendre ; et de plus elle les a condamnés à une amende « pour refus de serment par analogie de l'article 157 du Code « d'instruction criminelle.

« Les éléments de la controverse sont connus ; elle se pré- « sente dans les mêmes conditions pour le témoin cité en « matière civile, pour l'expert, pour l'interprète et même « pour la partie à laquelle le serment est déféré d'office par « le juge.

« Le système consistant à frapper d'une peine celui qui se « refuse à employer la formule religieuse a été faiblement « défendu au sein de la commission. Il n'en a pas été de « même du système qui repousse le témoin, l'expert, etc., etc. « qui refuse de se soumettre à la formule imposée à tous les « citoyens : *Je le jure, ainsi Dieu me soit en aide*. C'est seule- « ment à la majorité de quatre voix contre trois que les « décisions formulées dans les articles 21, § 2, 34, 58 et 60, « § 3, ont été adoptées[1]. Pour le combattre, on a dit, en

[1] Articles du projet belge relatifs au serment judiciaire.

Art. 19. Le serment sera immédiatement prêté dans les termes énoncés au jugement. La partie tenant la main levée dira à haute voix : *Je le jure, ainsi Dieu me soit en aide.*

Art. 20. Si la partie déclare que ses convictions rejettent tout serment, la déclaration sera réputée non avenue.

Il est néanmoins loisible à la partie de déclarer qu'elle se contentera d'une

Digitized by Google

« substance que ces dispositions consacrent par une voie « détournée l'abrogation du serment, puisqu'il sera toujours « facultatif aux citoyens de s'en affranchir ; que le serment « n'a rien de contraire à la liberté de conscience consacrée « par les articles 14 et 15 de la Constitution ; que cela est « évident en présence des articles 80, 83 et surtout 127 de « la Constitution ; que le congrès national a voulu seulement « respecter les conventions religieuses ; mais qu'il n'a pas eu « la pensée même la plus éloignée, de donner une protection « spéciale et une sorte de sanction à la négation de toutes les « croyances religieuses, en d'autres termes à l'athéisme dont « l'invasion, si elle était possible, serait une calamité sociale ; « qu'enfin, pour être conséquent dans le système contraire, il « faudrait aller jusqu'à dispenser de toutes les obligations « sociales, par exemple du service militaire, du payement « des impôts tous ceux qui allégueraient un scrupule de « conscience.

« La majorité de votre commission n'a pu se rallier à « cette manière de voir[1]. Voici ses motifs :

« Les articles 14 et 15 de la Constitution garantissent « d'une manière absolue, non-seulement la liberté des cultes,

simple affirmation. En ce cas les articles 1361 du Code civil et 226 du Code pénal seront applicables.

Art. 21. Le serment supplétif sera prêté dans les formes prescrites pour le serment décisoire.

Si la partie déclare que ses convictions rejettent tout serment elle se bornera à affirmer ou dénier les faits articulés, auquel cas les articles 1366 du Code civil et 226 du Code pénal seront applicables.

Art. 34. Si le témoin déclare que ses convictions rejettent tout serment, il s'engagera à dire toute la vérité, rien que la vérité, auquel cas les articles 220 et suivants du Code pénal seront applicables.

Art. 58. Les experts prêteront serment dans les termes suivants en tenant la main levée : Je jure de remplir fidèlement la mission qui m'est confiée : ainsi Dieu me soit en aide.

Si un expert déclare appartenir à un culte qui exige une autre formule ou d'autres solennités, il sera admis à prêter serment suivant les rites de ce culte.

S'il déclare que ses convictions rejettent tout serment, il s'engagera à remplir fidèlement la mission qui lui est confiée. En ce cas, l'article 221 du Code pénal lui sera applicable.

[1] Il va de soi que dans la pensée de la majorité, le gouvernement devrait présenter un projet de loi qui consacrât *pour toutes les matières* les principes posés dans le projet du Code de procédure.

Digitized by Google

« mais encore *la liberté de manifester ses opinions en toutes ma-*
« *tières*, c'est-à-dire la liberté de conscience. L'article 127
« n'y a porté et ne pouvait y porter aucune atteinte. En cas
« de doute, c'est aux règles fondamentales et essentielles
« des articles 14 et 15 qu'il faudrait s'en tenir. Mais le doute
« n'est pas possible; il suffit de lire le rapport fait au nom
« de la section centrale par M. Raikem pour se convaincre
« que le congrès a considéré la serment comme un acte
« civil plutôt que comme un acte religieux, et qu'il a im-
« plicitement dispensé de toute formule religieuse ceux qui
« déclarent ne pouvoir en faire emploi sans mentir à leur
« conscience. Il y a une contradiction choquante à admettre
« l'affirmation des quakers et à rejeter celle des citoyens qui
« invoquent, à tort ou à raison, certains principes philo-
« sophiques.

« La société n'est pas juge du mérite respectif de ces dif-
« férentes sectes : elle ne peut apprécier que les actes exté-
« rieurs, et elle n'a aucun intérêt à scruter les profondeurs
« de la pensée humaine. Dès qu'un citoyen, peut-être vic-
« time d'une aberration morale, affirme que ses convic-
« tions répugnent à l'invocation de la Divinité, la société
« est impuissante à rechercher les motifs secrets de cette
« détermination. Respect exagéré ou septicisme, peu lui
« importe : ces questions ne sont plus de son domaine. Son
« seul droit consiste à punir la *fausse affirmation* aussi bien
« que le faux serment : là s'arrête son pouvoir. La jurispru-
« dence et la minorité de la commission confondent deux
« sphères distinctes : la sphère politique et la sphère reli-
« gieuse.

« Ce n'est pas là ce que veut notre Constitution; elle pro-
« clame la séparation absolue de l'Église et de l'État; nul
« ne peut être contraint de participer aux cérémonies d'un
« culte quelconque, et si la notion de la Divinité est commune
« à tous les cultes, encore est-ce imposer un acte essentiel-
« lement religieux que d'exiger l'emploi de la formule :
« Ainsi, Dieu me soit en aide.

« Que pourrait-on craindre? De deux choses l'une : ou les
« convictions du citoyen sont sincères, ou elles ne le sont
« pas. Si elles sont sincères, le serment religieux lui ferait
« violence sans aucun profit pour la manifestation de la vé-

Digitized by Google

« rité, ce serait même une profanation, un scandale. Si ces « convictions ne sont pas sincères, quelle confiance pourrait « avoir le législateur dans l'homme qui commet le crime de « renier Dieu? Cet homme n'a qu'un pas à faire pour se par- « jurer, et soyez-en sûr, il le fera.

« Mais il est impossible à la société de vérifier la sincérité « des convictions. Son incompétence est absolue à cet égard. « Dès lors, elle doit accepter la simple affirmation, qui lui « offre la même garantie qu'un serment repoussé en vertu « de la liberté de conscience. En agissant de la sorte, la so- « ciété ne protége pas l'athéisme; elle en gémit au contraire; « mais quoi qu'elle fasse, cette doctrine existe : c'est un fait « dont on doit tenir compte.

« Les considérations tirées de la prétendue analogie qui « existerait entre la solution de cette question et celle de sa- « voir si les citoyens pourraient, par scrupule de conscience, « s'affranchir des charges publiques, portent absolument à « faux; car dans le service militaire, dans le payement des « impôts, il n'entre aucun élément religieux; de l'aveu des « adversaires, au contraire, le serment est un acte essen- « tiellement religieux. De plus, on oublie que les sectes des « quakers et des anabaptistes sont précisément dispensées du « serment, tandis qu'elles doivent remplir tous les devoirs « des citoyens. Encore une fois, ce qui est permis aux qua- « quers doit l'être à tous ceux qui déclarent en justice que « leurs convictions rejettent tout serment. »

Cette longue citation a l'avantage de mettre en théorie et en application le système belge dans tout son jour. C'est, malgré les réserves et les ménagements de rédaction, l'exclusion dans des lois civiles de la croyance en un Dieu auteur et gardien de l'ordre moral. Qu'est-ce en effet qu'un principe que le législateur n'ose affirmer et dont il se déclare impuissant à commander le respect?

La minorité de la commission avait bien déduit les conséquences forcées de ce système en faisant observer qu'il conduit à l'abolition du serment et à l'encouragement à l'athéisme.

Aussi, après l'avoir sérieusement examiné avec le désir de respecter la liberté de conscience et à raison même de notre respect pour cette liberté, car il faut bien tenir compte,

Digitized by Google

ce nous semble, des croyances de la majorité, nous ne pouvons l'admettre.

Avant de le discuter, précisons bien les conséquences qui en découlent. La commission en a tiré quelques-unes et a mis le gouvernement en demeure de tirer les autres par une note que nous avons transcrite à dessein. Ainsi le serment est *obligatoire* pour le croyant; il est *facultatif* pour l'incrédule.

Celui qui déclare ne point admettre l'existence de Dieu échappe à l'obligation de répondre à l'adversaire qui lui défère le serment; le témoin, par le même procédé, ne se lie que par une promesse et l'expert agit de même.

Si le gouvernement adopte ce système, il devra rendre facultatif le serment professionnel; car le magistrat, avant de prendre possession de son siége, sera admis à déclarer publiquement que, ne croyant point en Dieu, il ne peut offrir que sa promesse en garantie de l'intégrité de ses jugements; les fonctionnaires de tous ordres auront la même faculté, et les uns et les autres exerceront leur office au même titre et jouiront de la même confiance *légale* que leurs collègues assermentés.

Ceci bien expliqué et bien compris, la question n'est plus tout à fait la même que celle posée par la majorité de la commission. Il ne s'agit plus de savoir si la société a le droit d'imposer le serment judiciaire avec son caractère religieux. Elle est de savoir si le législateur doit bannir de son système l'idée de Dieu en réalisant un mot célèbre dans un *Code athée* et reconnaître au système qui nie Dieu une valeur et des *droits* devant lesquels s'inclineront les institutions du pays.

L'athéisme, quelque bruit qu'il fasse, est la doctrine de la plus minime partie du genre humain, c'est la doctrine de quelques lettrés; il n'y a guère d'athées parmi les ignorants, quoiqu'il y ait souvent de grands coupables, et après dix-huit siècles, l'aphorisme du philosophe antique est resté une vérité de fait : *Consensus omnium populorum probat Deum esse.* C'est sur cette croyance que la société est organisée tout aussi bien que sur le principe de la famille et de la propriété. Ces trois croyances et ces trois principes sont la base des institutions de tous les peuples, à ce point que, sans avoir étudié leurs Codes particuliers, on

Digitized by Google

est assuré à l'avance de les y rencontrer comme générateurs du droit civil, politique et criminel.

Dénier à la loi le pouvoir de les proclamer, d'en déduire la conséquence et d'en faire des liens de droit rattachant entre eux les membres du corps social, c'est lui commander l'abdication de ce qui, actuellement du moins, constitue essentiellement les sociétés, et en provoquer immédiatement la dissolution.

Il n'y a aucune différence entre ces trois principes : si le législateur ne peut contraindre un homme à respecter une prescription légale découlant de la croyance en Dieu, comment pourra-t-il le contraindre à respecter une autre prescription légale découlant de la notion de la propriété. S'il n'y a aucune loi physique démontrant Dieu, il n'y en a aucune établissant la propriété, et si une opinion philosophique peut nier Dieu en invoquant sa raison, une opinion très philosophique aussi peut nier la propriété [1] en invoquant la sienne.

Quant à la famille, en dehors de l'accomplissement de la parturition et des premiers soins instinctifs de la femelle au nouveau-né, aucune loi ne l'établit; elle se dissout comme elle s'est formée, naturellement. Tout ce qui est d'ordre moral résulte de croyances qu'il est posible de nier et de discuter.

Dès lors, lorsqu'une opinion philosophique voudra nier la propriété, démontrer qu'elle répugne à son sens et blesse ses sentiments de justice, le législateur qui se sera abstenu devant la négation de Dieu, devra s'abstenir aussi devant la négation de la propriété. Il devra rendre la liberté au fils dont la philosophique indépendance ne reconnaît plus le père qui l'a engendré et la mère qui l'a nourri, du moment qu'il n'a plus besoin de soins.

Ainsi deviendront facultatifs les titres de la propriété et les lois de la famille dans ses Codes de l'avenir.

[1] Je voudrais savoir, dit-elle, quelle loi
En a pour toujours fait l'octroi,
A Jean, fils ou neveu de Pierre et de Guillaume,
Plutôt qu'à Paul, plutôt qu'à moi?

Ainsi s'exprimait la belette au dix-septième siècle par la bouche de La Fontaine (fable 16, liv. VII. Le chat, la belette et le petit lapin); l'objection est donc vieille.

Digitized by Google

Comme ces conséquences ne sont, en résumé, que l'énoncé de théories ardemment professées par plusieurs sectes philosophiques et sociales, on ne nous accusera pas de les inventer ni d'exagérer. Tout ce qu'il serait possible de soutenir, et l'on sent qu'on l'essayerait en lisant le rapport de la commission, c'est l'assimilation entre les libertés réclamées pour l'athéisme et les autres libertés sociales qui voudraient marcher du même pas. En reprenant les arguments de ce rapport, nous rectifierons cette assimilation.

Si l'on nous accorde que notre organisation sociale tout entière repose sur certains principes moraux dont l'influence a dicté nos lois et nos institutions, si l'on nous accorde que l'idée de Dieu est sous-entendue dans tout notre droit civil lorsqu'elle n'est pas formellement exprimée comme dans la question du serment, il faudra bien nous concéder que contester au législateur le droit d'en imposer le respect n'est pas combattre une usurpation arbitraire, mais l'un de ces faits nécessaires, de ces soumissions indispensables que chacun doit reconnaître et subir sous peine de se mettre en dehors de la société, et dont il ne saurait, dans son intérêt particulier, imposer le sacrifice à une loi faite pour tous.

Ou la liberté individuelle illimitée, c'est-à-dire un état contraire à toute organisation sociale ;

Ou la liberté individuelle restreinte par les liens nécessaires de l'ordre social et par suite la soumission à ces règles générales;

Telles sont les deux données du problème. Suivant qu'on adopte l'un ou l'autre, on agit logiquement. Entre les deux il n'y a que concessions et restrictions arbitraires, c'est-à-dire inconséquence ou tyrannie. Ce que l'on concède à l'athée qui nie Dieu, pourquoi le refuser au socialiste qui nie la propriété ou au philosophe qui nie la famille. Tous les trois sont convaincus que les lois constitutives de ces institutions blessent l'ordre vrai de la nature; en y adhèrant, en se soumettant aux actes qui consolident la propriété et punissent les atteintes qu'elle reçoit, ils blessent autant leurs convictions qu'en se soumettant à invoquer le nom d'un Dieu auquel ils ne croient pas.

L'athéisme est un fait nous dit-on; le socialisme en est un autre. Si le premier devient un fait légal, le second a droit aux mêmes égards pour ses répugnances.

Digitized by Google

Nous nous résumons en disant que tout acte du législateur qui repose sur une nécessité générale et sociale oblige les membres de la société qui veulent vivre en union avec elle, quelles que soient leurs opinions personnelles. Entre les dissidences individuelles et le fait général, celui-ci doit évidemment prévaloir.

Spécialement la société peut croire à Dieu sans violer les dispositions constitutionnelles qui assurent à chacun la liberté de croire, et elle ne saurait être tenu d'admettre le droit de protester contre la loi procédant garantie de cette croyance.

Entrons maintenant dans l'examen des objections de la commission.

La Constitution belge, et nous pouvons dire toutes les contitutions qu'on essayera à l'avenir dans l'ordre d'idées dominant, garantiront la liberté des cultes et la liberté de manifester ses opinions en toute matière c'est-à-dire, ajoute la commission, *la liberté de conscience*.

La liberté de conscience, comme l'indique le mot lui-même, est un fait intérieur qui n'a rien de commun avec le droit de manifester extérieurement ses opinions, surtout lorsque ces opinions deviennent des faits réagissant sur les membres de la société. Mais nous adoptons le raisonnement tel qu'il a été formulé; seulement il ne nous paraît guère concluant.

On reconnaît bien qu'il y a une différence entre la liberté des cultes, c'est-à-dire le droit d'honorer Dieu à sa manière, ce qui ne choque en aucun point essentiel l'ordre général des sociétés au point de vue humain et philosophique, et la négation absolue de l'ordre divin qui est aussi la négation de tout culte. Dans leur lettre comme dans leur esprit, les Constitutions qui ont placé la liberté des cultes parmi les libertés nécessaires n'ont pas dit la liberté de nier tout culte.

On invoque avec plus de raison la liberté de conscience. Sans doute la loi s'est sagement interdit de rechercher le sentiment, la pensée et les actes passifs du citoyen, mais il ne s'agit en rien de cette liberté dans la question qui nous occupe. Le citoyen reste libre de penser ce qu'il veut, de croire ce qu'il admet au for de sa conscience, mais ce que nous examinons est autre chose, c'est un fait positif et agressif qui interdit au législateur de conserver une garantie, une disposition légale admise par la majorité et cela en faveur des scru-

Digitized by Google

pules ou des prétentions de quelques-uns. Ce n'est plus l'idée religieuse qui s'impose par la loi, c'est la négation qui veut contraindre l'idée religieuse à sortir de la loi.

Sentant la différence théorique, la commission essaye immédiatement d'y échapper en se retranchant dans un précédent, dans un fait de jurisprudence. Vous admettrez, dit-elle, le *quaker* à refuser le serment et à le remplacer par une affirmation; il y a une contradiction choquante à admettre l'affirmation du quaker et à réfuter celle du citoyen qui invoque à tort ou à raison, certains principes philosophiques.

Mais on ignore ou l'on feint d'ignorer dans quelles circonstances cette distinction a été faite, et la querelle n'est pas nouvelle.

L'antiquité l'a vue naître et a résolu la difficulté : *Divus Pius iurejurando quod propria superstitione juratum sit standum rescripsit* (D., L. 5, § 1), *De jurejurando*, et elle a donné la vraie raison qui répond au sophisme de la commission belge. L'affirmation du quaker est tout aussi religieuse, dans son esprit, que le serment du catholique ou du juif. S'il refuse d'invoquer le nom de Dieu par respect pour un article du Décalogue qui dit *tu ne jureras point*, il a devant les yeux un autre précepte du même Décalogue qui lui dit *tu ne mentiras point*, et c'est devant le Dieu auteur de ces deux préceptes qu'il dépose, aussi sûr d'être puni s'il viole le second que s'il avait violé le premier. On conçoit que la justice admette que le serment est prêté, ou du moins substantiellement remplacé dans de telles circonstances, et le droit romain, qu'on nous permettra encore de citer, avait prévu et accordé cette faculté au juge : *Si de qualitate juradmenti fuerit inter partes dubitatum, conceptio ejus in arbitrio judicis est* (D., *De jurejur.*, L. 34, § 5).

C'est en 1810 que la Cour de cassation, se fondant sur ces principes ou mieux sur le bon sens, a admis qu'une Cour a pu regarder comme valable et équivalent au serment l'affirmation d'un quaker avouant et professant sa croyance en la forme admise par ses convictions.

Les scrupules du quaker et la décision de la justice s'éloignent de l'hypothèse examinée par la commission belge de toute la distance qui sépare l'excès du sentiment religieux de l'incrédulité et le respect des croyances de l'indifférence absolue. Il n'y a donc aucune induction à en tirer.

Digitized by Google

La société n'a qu'un *droit* dans le système examiné, c'est de punir la fausse affirmation aussi bien que le faux serment. *Là s'arrête son pouvoir.*

Cette proposition exercée sans aucune démonstration suppose incontestable entre les mains du législateur le droit de créer des délits et des peines, de telle sorte que le droit pénal prend sa source, non dans les faits nécessaires de l'ordre moral mais dans l'arbitraire du législateur. Il est à nos yeux très-contestable, au contraire, que le faux serment considéré en lui-même et dans l'influence qu'il exerce sur les rapports entièrement privés des deux parties en cause constitue un véritable délit. La loi romaine disait avec raison *jurisjurandi contempta religio satis Deum ultorem habet*, et l'article 366 du Code pénal, comme la commission belge, a créé ce délit par une véritable confusion entre ce qui lèse seulement la morale, ce qui trouble en outre la société au point de commander l'intervention de la justice répressive. A plus forte raison peut-on critiquer l'expédient par lequel la fausse affirmation est assimilée au *faux serment*, alors que le *dol*, le *mensonge* et tous les faits immoraux que révèlent les contestations judiciaires ont été, à bon droit, laissés au domaine du droit civil. Pour avoir péché par excès d'indulgence en faveur d'une opinion philosophique, le législateur est obligé de tomber dans une rigueur excesive et de punir un fait purement civil comme un délit. Mais en supposant que cette criminalité nouvelle puisse être admise en matière du serment décisoire, comment l'expliquer et surtout l'appliquer en ce qui concerne l'expert dont le manquement sera toujours facile à confondre avec une négligence, et enfin quelle sera la sanction de la promesse faite par le magistrat en entrant en fonctions d'agir avec intégrité tout en déclarant qu'il ne croît à aucun pouvoir suprême juge et vengeur de la promesse violée ? Ajoutons encore, bien que les questions de fait soient au-dessous de l'ordre d'idées dans lequel nous examinons ce système, que la difficulté extrême d'établir judiciairement la fausseté d'un serment, la réunion des conditions exigées pour que la poursuite soit utilement intentée rendront presque toujours illusoire la prétendue sanction[1]. Libre du côté de sa con-

[1] Un faux serment ne peut être poursuivi et puni par les tribunaux criminels qu'autant que la preuve de la stipulation niée a été rapportée et

Digitized by Google

science, le plaideur qui a refusé de prêter un serment et s'est tiré d'embarras par une fausse affirmation, le sera presque toujours du côté de la justice répressive.

Il faut aussi remarquer que dans le crime de faux témoignage ce n'est pas le faux serment que la loi punit, mais le fait de la fausse déposition, et que la criminalité ressort ici du préjudice causé soit à la fortune, soit à la personne victime du faux témoignage ou du tort fait à la société lorsqu'il se produit en faveur d'un coupable.

Tout le système répressif sur lequel, en détruisant le caractère religieux du serment, on a voulu trouver une sanction dans le droit pénal, manque donc de base et d'efficacité.

Mais, ajoute-t-on, c'est obliger un citoyen à un acte religieux auquel il répugne. Si les convictions de ce citoyen sont sincères, vous le violentez et vous causez un scandale ; si elles sont simulées, celui qui ne craint pas de renier Dieu publiquement ne reculera pas devant le parjure.

Reprenons : celui qui sincèrement ne croit pas en Dieu ne peut voir dans le serment qu'une formalité judiciaire surannée ; en le prêtant il fait une inutilité, voilà tout, puisqu'il invoque à l'appui de son affirmation le néant. Dès lors sa conscience n'est pas plus troublée que dans mainte circonstance de la vie civile où la loi impose un acte, une soumission non justifiée par le for intérieur de celui qui l'accomplit. Ce qui est réellement troublé, c'est l'orgueil individuel, la prétention de prévaloir individuellement contre la règle générale. Et, au fond, lorsqu'on descend dans l'examen de toutes ces grosses difficultés, on reconnaît qu'elles sont soulevées sous prétexte de liberté de conscience par la révolte individuelle et la prétention d'imposer aux autres les opinions qu'on s'est formées. C'est un côté de la question que les auteurs du système du serment civil n'ont pas abordé.

La masse qui croit en Dieu le regarde comme la sanction de la morale et du bien social, et c'est à sa protection qu'elle recourt toutes les fois que la loi positive est impuissante à redresser ou à prévenir les torts sociaux. Bannir cette croyance

établie conformément aux règles du droit civil et non par la seule preuve testimoniale usitée en matière criminelle. Le ministère public n'a pas à cet égard plus de privilége que la partie lésée (arr., rejet, 17 juin 1852, C. c., ch. crim., D., 1852, 5e part., p. 505).

Digitized by Google

de la loi, c'est bien évidemment en diminuer l'autorité aux yeux des croyants, obliger ceux-ci à se soumettre au jugement de l'expert, du témoin, du juge qui aura légalement décliné toute responsabilité d'ordre divin, c'est dans la conviction du plus grand nombre détruire toute garantie d'équité, de vérité, d'impartialité. Le législateur a-t-il ce droit? Pour complaire à l'opinion d'un philosophe matérialiste ou d'un athée, peut-il froisser la conviction de tous et leur laissera-t-il la cruelle pensée que cet homme auquel la loi ne demande rien dispose arbitrairement, sans scrupule et sans remords, de leur honneur, de leur vie, de leurs biens?

Le prétendu dilemme à l'aide duquel on a essayé de tourner cette difficulté se retourne contre ses auteurs. Ou vous croyez sérieusement qu'il n'existe aucun Dieu, et alors l'invocation que la loi vous impose n'est qu'une cérémonie et ne doit pas plus vous coûter que le salut imposé au militaire envers un chef qu'il méprise ou une politesse imposée par l'usage. La véritable sanction de votre affirmation reste, à vos yeux, ce que votre opinion admet; le reste est un accessoire comme la robe du juge ou la formule qu'il vous présente.

Si, au contraire, invoquer Dieu vous trouble, c'est que vous n'êtes pas bien sûr de n'y pas croire, et qu'il y a doute dans votre esprit sur la parfaite inutilité de ces paroles.

La minorité de la commission belge avait parfaitement indiqué une conséquence grave de cette docilité du législateur devant les scrupules de certains systèmes; il faudra, disait-elle, aller jusqu'à dispenser du service militaire tous ceux qui le repousseraient par scrupule de conscience. On lui répond que l'analogie n'existe pas et qu'il n'y a rien de religieux dans le service militaire. Mais ce n'est pas une réponse. En fait, il a existé et il existe peut-être encore des exemples de convictions religieuses qui regardent le service militaire comme une violation de la loi divine. Nous avons vu en 1850 et 1851 [1] des jeunes gens appartenant à une petite Église dissidente de l'Église concordataire se refuser au tirage au sort comme à l'examen individuel, par le motif que leur croyance s'opposait au service militaire. Très-doux, très-inoffensifs, ils n'obéissaient qu'à la contrainte, laissaient tirer

[1] Dans la Sarthe, canton de Sillé-le-Guillaume.

Digitized by Google

au sort pour eux, se laissaient déshabiller, ne rejoignaient le corps que sous l'escorte de la gendarmerie, et en un mot ne mettaient leur conscience en repos qu'en cédant à une force supérieure. De quel droit, dans le système belge, la société violait-elle en eux une croyance très-sincère? Elle ne leur demandait pas une simple cérémonie, elle leur commandait la transgression positive et répétée de leur règle religieuse.

Par toutes ces considérations, il nous a paru impossible d'écarter du projet du Code le serment judiciaire tel que le législateur l'a prescrit de tout temps, et même il nous a paru indispensable de mieux en définir le caractère et la forme.

Le Code de procédure est muet sur cette forme, mais presque tous les Codes adoptés ou réformés à la suite de sa promulgation ont cru nécessaire de mieux préciser le caractère du serment. La loi de Genève qui, la première, a inauguré la révision de la procédure que nos conquêtes avaient imposée à une partie de l'Europe, a surtout traité cette question avec un grand respect de la foi religieuse et de la gravité de l'acte accompli.

« Le président, en audience publique, exposera nettement « à la partie les faits sur lesquels le serment lui est déféré, et « lui rappellera les peines contre le parjure.

« Cette exhortation sera suivie d'un intervalle. Le serment, « à moins qu'il n'y ait urgence, ne sera point prêté à la « même audience. On appelle la partie à la réflexion. On ne « la place pas brusquement entre sa conscience et la crainte « de rétracter des assertions précédentes.....

« Nous introduisons pour le serment une formule solen- « nelle qui en rappelle l'importance et l'objet [1]. »

Laissant au droit civil le soin de régler ce qui concerne

[1] Art. 173 du Code génevois.... La partie tiendra la main levée, les Saintes Écritures seront ouvertes devant elle et le président prononcera ces mots : Vous jurez devant Dieu de dire toute la vérité et rien que la vérité, sur les faits qui viennent de vous être rappelés et sur lesquels votre partie adverse (s'il s'agit d'un serment déféré par elle) ou le tribunal (s'il s'agit d'un serment déféré d'office) s'en rapporte à vous.

Après que la partie aura dit *je le jure*, le président ajoutera : Que Dieu témoin de votre serment vous punisse si vous êtes parjure.

Art. 174. La forme ci-dessus pourra être modifiée par les juges si la partie professe un culte qui lui interdise le serment dans cette forme.

Digitized by Google

le fond du droit, les effets du serment prêté ou refusé, nous avons proposé à la section de législation une rédaction qui a été adoptée par elle, et nous paraît concilier le respect de la liberté des cultes, tout en maintenant sans hésitation le caractère religieux du serment.

« Art. 178 (du projet). Le serment est prononcé par la partie en personne.

« Le président donne lecture à haute et distincte voie du dispositif du jugement en y joignant les observations qu'il croit convenables.

« Il rappelle à celui qui doit le prêter que le serment est placé sous la garantie de sa foi religieuse et que le parjure est puni de peine criminelle [1].

« Art. 179. Debout, la main haute, la personne qui prête le serment répond : *je le jure* aux questions posées par le président conformément au jugement.

« Si elle déclare que sa conscience religieuse exige l'observation d'un rit particulier, elle est admise à les suivre, pourvu qu'il soit compatible avec la forme judiciaire et la tenue de l'audience. »

L'assemblée générale du Conseil d'État n'a pas été appelée à discuter cette partie de proposition de la section de la législature; mais il n'y a aucune témérité à affirmer que la doctrine du serment purement civil n'y aurait trouvé aucune adhésion, en supposant même qu'elle eût été présentée.

S. MIGNERET.

LES MODES DE TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ.

ÉTUDE DE PHILOSOPHIE HISTORIQUE DU DROIT.

Par M. Léopold THÉZARD,
Professeur de Code civil à la Faculté de droit de Poitiers,
avocat à la Cour d'appel.

Dans une précédente étude [2] nous avons essayé de déterminer le principe de la propriété individuelle et ses dévelop-

[1] Malgré nos doutes sur la légitimité de la peine infligée au faux serment, du moment où il est au nombre de ceux prévus par le Code pénal, il convenait de rappeler la peine qui le frappe.

[2] V. *Revue critique*, t. XXXVII, p. 523, 6e livraison (décembre 1870).

Digitized by Google

pements historiques tels qu'ils sont révélés par la méthode expérimentale appliquée à la philosophie du droit. Nous nous proposons de soumettre aujourd'hui au même procédé d'investigations les modes de transmission de la propriété.

Nous nous efforcerons de déterminer quelle part revient, dans cet ordre de faits juridiques, au droit naturel, aux impulsions instinctives de l'homme, et au droit positif, aux règles édictées par le législateur pour sanctionner les résultats de ce travail spontané, les perfectionner et les adapter à des conceptions plus ou moins avancées sur l'idée de justice et l'ordre à réaliser dans les sociétés.

I.

La propriété individuelle, dès qu'elle ne s'applique pas seulement aux objets de consommation immédiate, est susceptible de se transmettre, et tous ses modes de transmission peuvent se ramener à deux types : l'*hérédité* ou transmission par la mort; la *dation* ou transmission entre-vifs.

L'*hérédité* s'établit comme un résultat nécessaire de la constitution originaire de la famille. La famille est une unité, une force d'autant plus puissante que les autres liens sociaux sont plus faibles. Serrés autour d'un chef, les membres d'une même famille travaillent pour un but commun, et se partagent les produits du travail ainsi accompli. Dans cette association, qui est réellement propriétaire? On ne le saurait dire qu'au moment de la consommation de la jouissance de chaque objet particulier. Aucun des membres de la famille n'a rien à lui d'une façon permanente, sauf peut-être ses vêtements ou quelques objets secondaires dont on lui confie la direction (par exemple, un petit troupeau, *peculium*). Encore ces attributions sont-elles abandonnées à la volonté du père de famille, qui a tout pouvoir de direction. Ce que chacun possède actuellement, il le possède à titre précaire, à titre de pécule. Aucun des enfants, des membres subordonnés de la famille ne peut dire qu'il a quelque chose en propre. Est-ce donc que le père de famille soit propriétaire absolu de tout? Lui-même ne le croit pas; il n'a pas la consommation et la jouissance exclusive, qui seraient l'attribut de la propriété; plus même son autorité est grande, moins

Digitized by Google

il est propriétaire absolu d'aucun objet. A notre époque encore, les petits enfants disent : « Notre maison, je vais chez nous ; » quand les hommes disent : « La maison de mon père, je vais chez mon père. » Les hommes des anciens temps restent toute leur vie enfants, sous la tutelle de leur père, là surtout où la vie agricole, partant la propriété agraire, se sont développées [1]. Il y a donc une vraie communauté dans la famille. Le chef n'est pas le propriétaire, il est le représentant des propriétés communes à l'extérieur ; il en est le distributeur à l'intérieur. De là ces deux idées, qui paraissent contradictoires à d'autres époques : le fils de famille, soumis absolument à l'autorité du père, placé comme un esclave sous sa loi, n'est propriétaire de rien, ne peut rien détenir qu'à titre de pécule ; et cependant le père de famille n'est pas propriétaire exclusif.

Il est inutile d'insister sur les détails qui démontrent ce fait dans la législation romaine. Tout le monde sait que les fils s'appellent *heredes sui*, héritiers d'eux-mêmes, ou suivant la paraphrase de Gaïus, *quia domestici heredes sunt, et vivo*

[1] On pourrait montrer le rapport nécessaire qui existe entre la vie agricole et la puissance paternelle. Le culture de la ferme exige une réunion de forces qui est à peu près exactement celle que donne une famille ordinaire. De là nécessité de la concentration de cette famille sous les ordres du père. Dans les sociétés non agricoles, les conditions sont bien plus variables. Chez les peuples pasteurs, selon le milieu où l'on vit, les enfants peuvent, soit être groupés autour du père, soit dépendre plutôt de l'agglomération plus nombreuse de la tribu, soit vivre, à partir d'un certain âge, dans une indépendance à peu près complète. L'état militaire brise la famille : l'homme en âge de porter les armes est placé, pour le temps du service, sous l'ordre absolu d'un chef ; hors de là il s'appartient. Ainsi s'explique. chez les Germains, la précoce indépendance du jeune homme Les travaux industriels peuvent laisser subsister la famille ; ils peuvent aussi, selon leur nature, la dissoudre, soit en donnant à l'individu les moyens de subsister seul, soit en exigeant qu'il prenne place dans un groupe plus nombreux. Mais ce qu'il y a de plus mortel pour la puissance paternelle, c'est la richesse oisive, ou l'exercice des professions libérales. On le vit bien à la fin de la république romaine. La puissance paternelle n'avait plus de but pratique ; là où elle se maintenait, elle était considérée comme une gêne sans raison d'être. On peut en lire la déchéance dans les comédies de Térence ; on en voit l'anomalie s'affirmer d'une façon effroyable dans les proscriptions, où, suivant le récit d'un historien, on trouva beaucoup de fidélité chez les esclaves, presque point chez les enfants. Le parricide devint plus d'une fois l'expression du changement radical des mœurs et de leur inconciliabilité avec les lois anciennes.

Digitized by Google

quoque parente quodammodo domini existimantur (G., II, 157); la nécessité d'exhéréder formellement les enfants, quand on voulait les exclure de la succession, fut même fondée sur ce motif, qu'étant copropriétaires des biens de la famille, ils devaient au moins en être dépouillés expressément pour qu'un étranger en fût investi.

Les lois gauloises offrent un spectacle analogue. Nous y voyons la puissance du père dans toute son étendue, allant jusqu'au droit de vie et de mort [1]. Et en même temps, si l'on recherche dans les lois gauloises ce qu'est la propriété au sein de la famille celtique, qu'y trouve-t-on? Le père de famille ne peut aliéner définitivement le fonds patrimonial ou les biens propres qu'avec le concours de ses enfants ou descendants; et le fils absent lors de la vente peut revendiquer le bien aliéné sans lui, sauf certains cas d'aliénation nécessaire [2].

Chez les Germains, la puissance paternelle n'est plus aussi fortement constituée, et la propriété agraire est moins développée : la famille constitue pourtant une association très-bien liée. Tous les membres sont solidaires dans leurs droits et leurs obligations. Un des membres de la famille est-il victime d'un attentat, et y a-t-il lieu à satisfaction pécuniaire, c'est la famille tout entière qui reçoit cette satisfaction [3], et le partage en est réglé dans la loi salique (tit. 55 et titre 15 des *Capita extravagantia*). Réciproquement, un des membres de la famille commet-il un meurtre, nous nous trouvons en présence d'une solidarité passive, qui astreint les parents à payer pour lui, après les solennités de la *chenechruda*. Cette solidarité passive, abolie en 595 par Childebert II, est restée le principe de la poursuite des délits dans tous les pays germaniques. — Tous ces signes caractéristiques indiquent évidemment la copropriété au sein de la famille. Le système de succession indiqué par Tacite en témoigne aussi. « Chacun a pour héritiers et successeurs ses enfants, et il n'y a point chez eux de testaments; à défaut d'enfants, les premiers appelés à la possession sont les frères, les oncles paternels ou

[1] Cæsar, *De bello gallico*, IV, 18 et 19.

[2] V. Laferrière, *Histoire du droit français*, t. II, p. 98, et les textes cités à l'appui.

[3] Recipit satisfactionem universa domus. Tacite, *Germanie*, ch. 21.

Digitized by Google

maternels. Plus on a chez eux de parents ou d'alliés, plus la vieillesse est douce; rien n'encourage l'homme sans famille[1]. » Le trait distinctif qui signale ici l'association de la famille d'une façon aussi irréfragable que chez les Romains, c'est l'absence de la succession des parents à leurs enfants; si le père ne succède pas à son fils, c'est qu'il n'y a pas deux patrimoines, celui du père et celui du fils; et d'autre part, si le testament est inconnu, c'est encore parce que tout ce qui est au père est également au fils[2].

Faut-il encore une autre preuve de la copropriété dans la famille? Le Germain peut abdiquer sa famille (*de parentilla se tollere*), et alors il perd toute participation aux droits et aux devoirs de ses parents (*ut et de juramento, et de hæreditate, et de tota illorum se ratione tollat*)[3]; et de même qu'il perd tous droits vis-à-vis de ses parents, ceux-ci perdent tous droits vis-à-vis de lui et de sa succession. Famille et communauté sont toujours synonymes.

Le fait primitif et général que nous rencontrons partout, c'est donc la communauté dans la famille. Travail commun, produits communs : telle est la loi fatale. Cette organisation exclut la succession proprement dite. Il n'y a pas à établir de transmission dans le sein de la famille, parmi les personnes qui vivent ensemble et sous une même direction; la continuation de la famille emporte avec elle la continuation de son patrimoine; il serait absurde de faire intervenir ici une déshérence momentanée au profit de la société environnante, de la cité. Quand un des membres de la famille disparaît, il cesse de concourir pour accroître et pour consommer le patrimoine; les autres succèdent, pour employer une expression des jurisconsultes romains, *jure non decrescendi*.

Mais n'y a-t-il pas, chez les Romains au moins, une contradiction, entre cet état de communauté dans la famille et le pouvoir de tester accordé sans limites au chef de maison? Je ne le pense pas. Le testateur ne fait pas, à proprement

[1] Tacite, *Germanie*, ch. 20. « Heredes tamen successoresque sui cuique liberi; et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patrui, avunculi... »

[2] Dans la loi salique (ch. 62), nous trouvons l'indice d'un changement considérable : il y a une succession des parents aux enfants.

[3] Loi salique, ch. 63.

Digitized by Google

parler, acte de propriétaire, mais acte de législateur : *non dat, legat* (*legem dicit*). Il continue après sa mort le rôle qu'il a joué pendant sa vie, celui de répartiteur souverain; et, pas plus que le législateur public ne peut se croire propriétaire de tous les biens dont il règle la transmission, le chef de la communauté familiale ne se croit propriétaire exclusif des choses qu'exploitait la famille. Le testament primitif des Romains se fait, remarquons-le, sous la forme d'une loi; et ce n'est que par un effort d'imagination qu'on arrive plus tard à le faire en forme de *datio* (testament *per æs et libram*).

Comme distributeur de la fortune, le père de famille romain a d'ailleurs la plus large autorité; *uti legassit ita jus esto*. Mais n'est-il pas bien probable que dans le principe, sa distribution ne se faisait qu'entre les seuls membres de la famille? Il excluait les uns, avantageait les autres. Mais le dépouillement de toute la famille ne se conçoit pas dans les familles nombreuses et fécondes de l'ancienne Rome; si quelque disposition était faite au profit d'un étranger, c'était quelque legs particulier de modique importance.

Le testament n'est donc pas la négation de la communauté dans la famille. Il est du reste comme particulier au peuple romain dans l'antiquité. Les Grecs paraissent ne l'avoir connu qu'assez tard, et les lois de Solon, spécialement, ne l'admettent qu'à titre d'exception. Les Gaulois, les Germains n'ont pas de testament. Est-ce donc que le droit de tester soit du droit civil et non du droit naturel? Est-il une conséquence du droit de propriété? Questions oiseuses et mal posées, si l'on s'attache au point de vue historique. En fait, dans l'antiquité, la propriété individuelle, au sein de la famille, a des limites mobiles et incertaines; au regard des tiers, et quant au rôle prohibitif, c'est la famille tout entière qui est propriétaire. Si un des membres de la famille disparaît, serait-ce même le chef, il n'y a point de mutation; il y a simplement une nouvelle distribution intérieure de la jouissance et de la consommation. Chez la plupart des peuples, cette distribution est abandonnée aux survivants, ou plutôt au nouveau chef de famille, quel qu'il soit; l'agriculteur romain, plus prévoyant, établissait lui-même la loi de son héritage pour le temps où il ne serait plus, et y attachait une sorte de point d'honneur.

Digitized by Google

Dans ce premier état de choses, la succession, si l'on peut lui donner ce nom, est donc le résultat du travail commun et de la *cohabitation*. Si un ou quelques-uns des enfants ont quitté sans esprit de retour la maison paternelle pour mener une existence séparée, je ne fais nul doute qu'à la mort du père de famille, ceux qui sont restés dans l'association doivent recueillir seuls tous les biens, à l'exclusion des absents : ces derniers sont devenus propriétaires à leur compte, de possesseurs de pécule qu'ils étaient; ils n'ont rien à prétendre dans leur ancienne maison, et rien n'y reviendra de ce qu'ils peuvent acquérir. Telle est la condition primitive des émancipés à Rome; telle est celle du Germain qui *de parentilla se tollit*[1].

Cohabitation et travail commun ayant pour conséquence la communauté, voilà la première forme de l'hérédité. Le lien du sang produit généralement cette communauté; mais il peut exister sans elle, et elle sans lui (par exemple en cas d'adoption, chose très-fréquente chez les peuples anciens); il n'est pas la cause immédiate de l'hérédité. Et nous insistons sur ce point, que la communauté originaire de la famille n'est pas une fiction ou une convention, mais un fait, un fait nécessaire, qu'il faut prendre dans sa matérialité.

Le redoutable problème de l'hérédité se pose le jour seulement où le chef de famille meurt seul, n'ayant autour de lui ni femme, ni enfants, ni descendants, le jour où tous ses proches mènent une vie indépendante, et où il est resté sans égaux dans sa maison.

Ce fait se produit assez tard dans les sociétés. Il faut supposer les familles devenues moins nombreuses[2]; il faut supposer aussi la sécurité publique assez développée, les habitudes d'ordre assez bien établies, pour que l'homme

[1] Et si postea aliquis de parentibus suis aut moritur, aut occiditur nihil ad eum de ejus hereditate vel compositione pertinet. Si autem ille occiditur, aut moritur, compositio aut hereditas ejus, non ad heredes ejus, sed ad fiscum pertineat, aut cui fiscus dare voluerit.

[2] Dans les prénoms mêmes des Romains, on trouve un indice de la fécondité primitive de leurs mariages, en même temps que de la stérilité de leur imagination : ils avaient trouvé jusqu'à quatre prénoms usuels, probablement Caius, Marcus, Lucius et Titus, c'étaient les prénoms des quatre premiers enfants; après quoi on numérotait simplement les autres : Quintus, Sextus, Septimus, Octavius, Nonius, Decimus.

Digitized by Google

puisse vivre isolé ou entouré seulement de clients et d'esclaves; il faut enfin que des métiers nouveaux, et autres que le pâturage et l'agriculture, aient pris une certaine extension dans la société. Tout cela est l'affaire d'un temps considérable.

Mais une fois la chose arrivée, qui recueillera l'héritage du défunt? Sera-ce la cité? Seront-ce les proches, bien qu'ils vivent hors de la maison? Sera-ce le premier occupant? Si l'on cherche des raisons *à priori*, chacune de ces solutions peut se soutenir.

La cité (ou l'État), nous l'avons dit, ne peut pas être propriétaire, mais elle est la protectrice et la régulatrice des propriétés; c'est sa puissance qui a soutenu le propriétaire isolé, qui lui a permis de vivre comme il a vécu; il n'y a rien d'impossible à ce que la puissance sociale dispose à sa mort d'une propriété qu'elle seule lui assurait.

Le droit du premier occupant ne serait autre chose que la constatation d'un fait matériel : les biens du défunt sont redevenus par sa mort *res nullius*.

Quant aux enfants et aux proches parents, que peuvent-ils invoquer? L'affection du défunt, qui a dû vouloir que ses biens leur revinssent et qu'ils fussent les continuateurs de sa personne. Mais ce motif suppose à la volonté d'un mort la puissance de disposition. On explique, il est vrai, cette puissance, en disant que le défunt aurait pu de son vivant investir ses héritiers de ses biens, leur en remettre la possession, de façon qu'à sa mort rien ne se trouvât vacant. Pourtant, aux yeux d'hommes qui ne voient que le résultat matériel, il reste cette difficulté : il n'y a pas eu d'investiture; en fait, les biens sont vacants.

Or nous recherchons comment, en fait, a dû se produire l'hérédité.

Répondons que c'est par des transitions et par la force de l'habitude.

Entre l'enfant qui reste au foyer domestique toute sa vie et celui qui l'abandonne définitivement pour s'établir tout à fait à part, il y a des degrés infinis. A mesure que ces degrés divers se montrent dans les sociétés, l'idée d'hérédité va s'élargissant peu à peu; elle finit par suivre, non plus la cohabitation, mais le lien du sang, qui produit cette cohabita-

Digitized by Google

tion, et il vient un jour où la cohabitation et la copropriété familiale s'effacent complétement; le seul régulateur des successions est le degré de la parenté naturelle. — Mais comme pour témoigner jusque dans les âges ultérieurs du fondement primitif de l'hérédité, on voit subsister des institutions qui sont la négation de l'influence des liens du sang sur l'hérédité. A Rome, l'émancipation et l'adoption détruisent ou établissent du même coup la cohabitation et l'hérédité, abstraction faite du lien du sang. A Rome encore, l'esclave que son maître a choisi pour héritier, est héritier nécessaire et investi comme le fils de famille lui-même, tandis qu'un autre parent, si proche qu'il soit, fût-il même un fils émancipé, est l'héritier externe, venu du dehors, presque un héritier artificiel. En ligne collatéralé, les seuls appelés à la succession sont ceux qui ont dû autrefois habiter sous le même toit, soumis à la direction d'un père commun et qui n'ont jamais brisé le lien de la puissance qui les attachait à la maison : ce sont les agnats. A défaut d'eux, le patrimoine va à l'association politique, la *gens*, ou enfin les biens sont vacants et attribués au peuple. De même, dans les usages germains et dans la loi salique, le cercle des héritiers reste très-restreint; il se limite aux personnes qui ont pu vivre ensemble[1]; et, plus tard, dans les lois féodales, le fils aîné qui reste sur le fief pour le défendre, en est seul héritier. — Ainsi encore, dans certaines lois galliques et dans quelques coutumes de Bretagne, l'hérédité est dévolue au plus jeune enfant (*juveigneur*), à celui qui a gardé la maison pendant que les aînés couraient déjà les aventures.

L'hérédité *ab intestat* s'établit ainsi, par degrés insensibles, sans raisonnement, en dehors de toute loi positive, en vertu d'analogies souvent extérieures. La loi positive et le raisonnement interviennent plus tard; ils consacrent des faits existants, mais les appuient de motifs nouveaux; ou bien encore on en vient à régler des situations d'abord exceptionnelles qui embarrassent par leur nouveauté; par exemple la succession des parents éloignés. On pose alors des principes, et l'on est quelquefois étonné de voir que ces principes, coïncidant en partie avec les faits, exigent dans bien des

[1] Tacite, *Germanie*, ch. 20. — Loi salique, titre 62.

Digitized by Google

cas des conséquences différentes; on ne s'aperçoit pas toujours que l'ancien état de choses s'est fondé sous l'empire d'une nécessité de fait, et non sous l'empire d'une idée rationnellement déduite; mais on constate les incohérences qu'ont amenées les changements, et de là naissent les réformes des lois de succession. C'est alors que la question d'utilité remplace la question de nécessité matérielle.

Au milieu des vicissitudes que subissent les successions *ab intestat*, le testament se montre en certains pays, en d'autres reste inconnu. Il est acte de prévoyance et de puissance paternelle, acte d'affection pour certaines personnes, quelquefois acte d'orgueil Mais quelle force fait respecter le testament? Est-ce la conscience bien établie de la perpétuité de la propriété, conséquence de son autorité absolue, ainsi qu'on l'entend ajourd'hui? Il est peu probable qu'on soit ainsi venu, sans aucune transition, à se conformer à une volonté qui n'a plus aucun pouvoir effectif à son service. Le testament a dû être à l'origine, et il apparaît encore ainsi dans de nombreux monuments, un acte d'investiture ayant effet du vivant même du disposant, à l'égard de ses enfants ou de ses autres successeurs désignés. L'homme qui veut régler sa succession appelle auprès de lui ses successeurs, il les introduit dans la propriété de ses biens; ils en sont investis actuellement par une volonté encore vivante. Que le disposant expire un instant après, peu importe, ils sont saisis, ils sont en possession. Ce mode de procéder est incompatible avec le secret du testament : il faut que le successeur soit publiquement désigné et partiellement investi aux yeux de tous, du vivant même du testateur. Nous trouvons même quelque chose de cela dans le testament *calatis comitiis* des Romains, et jusque dans la forme primitive du testament *per æs et libram*. La chose est bien plus sensible encore chez les Germains : le testament, inconnu d'abord, s'introduit chez eux sous la forme de l'institution contractuelle, de la donation à cause de mort. Ce mode de disposition apparaît même avec le caractère d'irrévocabilité[1], et souvent avec l'investiture actuelle. L'institution d'héritier, dans la loi salique, offre un caractère mixte : elle est à la fois

[1] Pardessus, *Loi salique*, dissertation XIe.

Digitized by Google

une sorte d'adoption, d'appel dans la copropriété familiale (*adoptare per hereditatem*), et une translation immédiate des biens (*per festucam*). (Loi salique, titre XLVIII.) On peut citer encore, à titre de rapprochement, la donation de Télémaque à Pirée, dans l'Odyssée.

Mais cette investiture donnée par le testateur, de son vivant, devient peu à peu purement verbale; le testateur s'arrange toujours pour recouvrer ou conserver la faculté de disposer des choses données. Lorsque surtout (et c'est le cas le plus ordinaire) il désigne un ou plusieurs successeurs à titre universel, il se borne à les appeler dans la copropriété familiale, et il garde à leur égard la plus large faculté de disposition des objets particuliers. On s'habitue ainsi à voir le droit du successeur devenir certain et définitif au jour seulement de la mort du testateur; et par cette succession d'idées, on arrive sans effort à concevoir que l'homme peut disposer purement et simplement pour le temps où il ne sera plus, et que l'investiture de l'héritier suit ou accompagne l'instant même du décès : *le mort saisit le vif*. — Alors, et seulement alors, on peut admettre le testament secret; on peut faire de la volonté d'un homme déjà mort le principe d'un droit[1].

II.

La transmission par décès est nécessaire comme l'événement qui la produit. Les transmissions entre-vifs, également inévitables, se produisent sous deux formes diverses : 1° l'échange, dont une variété, la vente, prend très-vite le rôle prédominant; 2° les donations.

Parlons d'abord de l'échange. Comment prend-il naissance? Comment s'en développent les règles et s'en étendent successivement les applications?

[1] Ce résultat pouvait être avancé beaucoup par l'influence des idées religieuses; mais, chose remarquable, elles apparaissent très-peu, historiquement du moins, dans cette partie du droit. Le droit romain, où la procédure constituait une sorte de rite, est, quant au fond des choses, un des plus dégagés de toute idée religieuse; le pouvoir testamentaire, si étendu dans cette législation, ne s'y montre jamais sous le couvert d'une croyance religieuse ou simplement philosophique. Les dispositions de dernière volonté sont mises sous la protection de la *loi* (*lex;* testament *calatis comitiis*), ou de l'honneur (*fides, fideicommissum*), jamais de la Divinité.

Digitized by Google

L'échange prend naissance dans une situation bien simple et qui dut se produire dès les premiers jours de l'humanité : le jurisconsulte Paul l'indique avec une netteté parfaite dans un texte célèbre (L. 1er, D., *De contrahenda emptione*).

« L'origine première des achats et des ventes se trouve « dans les échanges; il n'y avait pas autrefois, comme au- « jourd'hui, une monnaie; on ne distinguait point d'une « part la chose vendue et de l'autre le prix; mais chacun, « selon les nécessités du moment et de la situation, échan- « geait ce qui lui était inutile pour ce qui devait lui être « utile; car il arrive constamment que l'un a besoin de ce « qui est superflu chez l'autre [1]. »

La nécessité, qui fait naître l'échange, amène bientôt une commune mesure des valeurs échangeables, c'est-à-dire une monnaie. Cette monnaie est choisie originairement, non pas, comme aujourd'hui, parmi des choses précieuses et inaltérables, mais parmi les objets les plus usuels, et l'échange devient vente sans cesser d'être un échange de choses immédiatement susceptibles de consommation ou de jouissance. C'est ainsi que les troupeaux (*pecunia*), le blé, le sel, les fourrures [2] se trouvent comme instruments et objets du commerce primitif. Ils servent de mesure d'appréciation, même dans les échanges où ils ne figurent pas [3], ce qui est le trait distinctif de la monnaie.

Mais, sous l'une ou l'autre de ces formes, comment se conclut l'échange? A quel moment a-t-il une force reconnue par la puissance sociale?

On peut affirmer que, pendant longtemps, le seul échange légal, le seul qui confère un droit acquis, est l'échange matériellement accompli de part et d'autre : donnant, donnant. La promesse d'échanger peut bien avoir une valeur morale;

[1] Origo emendi vendendique a permutationibus cœpit : olim enim non ita erat nummus; neque aliud *merx*, aliud *pretium* vocabatur; sed unusquisque, secundum necessitatem temporum ac rerum, utilibus inutilia permutabat: quando plerumque evenit, ut quod alteri superest, alteri desit.

[2] V. les divers exemples cités par les économistes.

[3] . . . . . τεύχε' ἄμειβεν,
χρύσεα χαλκείων, ἑκατόμβοι' ἐννεαβοίων.
Iliade, ch. VI, v. 235-236.

Digitized by Google

mais le promettant ne l'exécute que si la chose lui convient.

Le droit romain, dans le principe, n'entendait pas autrement la vente et l'échange. Le mot même de *permutatio*, qui, sans être un terme proprement juridique, traduit le fait matériel, indique un transport effectif et simultané des deux choses. Qu'est-ce également que la vente primitive? C'est la *venumdatio* [1], *venditio*, c'est le transport actuel de la propriété; ce n'est pas un *contrat*, dans le sens où on l'entendit plus tard, c'est-à-dire un acte productif d'obligations à remplir ultérieurement. Le synonyme de *venditio* dans l'ancien droit romain, c'est *mancipatio* (G., 1, 113, 132); et il n'y a d'autre différence entre ces deux termes, sinon que l'un indique plutôt la forme, et l'autre le résultat de l'opération. Or l'ancienne *mancipatio* suppose, et par l'étymologie même du mot, et par ses formes, l'appréhension de la chose; elle suppose aussi la translation immédiate du prix, qui doit être au même moment pesé dans la balance du *libripens*.

Nous ne voyons là qu'un échange accompli tout d'un coup; point de promesse antécédente et d'exécution postérieure. Pourquoi ce fait? La parole donnée ne paraissait-elle pas aussi obligatoire qu'aujourd'hui? S'il en était ainsi, pourquoi les institutions destinées à faire exécuter cette promesse n'apparaissent-elles qu'au second plan et avec des restrictions singulières?

Si je ne me trompe, en voici la raison :

Le besoin de faire produire un effet aux promesses ne se fait pas encore sentir très-fortement, au moins dans la généralité des cas. D'autre part, le pouvoir social, assez fort pour protéger un fait déjà accompli et qui se soutient par lui-

[1] Le radical *venum* indique chez les Romains l'idée d'appropriation étroite : il faut évidemment y rattacher *vincere*, *vincire* (*venum ciere*), *vinculum*; et la commune origine de ces expressions indique le caractère tout matériel de l'appropriation; c'est une attache; *venumdare*, au sens primitif, éveillerait l'idée de livrer un animal tout attaché, les animaux étant le premier type des objets soumis à la propriété. *Vindicare* n'est autre chose que *venum dicare*, établir comme étant sa propriété. Ce radical *venum* se rattacherait peut-être (mais nous ne l'avançons que comme conjecture) à la même souche que *venari*, la chasse étant le mode primitif d'appropriation, et aussi que les mots d'origine germanique *gewinnen*, *to win* (gain). Peut-être d'autre part aurait-il une parenté avec *vieo* (lier), *vimen* (lien).

Digitized by Google

même, ne l'est pas toujours assez pour imposer sans résistance les changements au *statu quo*, même les plus justes.

Reportons-nous dans une société primitive : les besoins y sont peu nombreux et peu compliqués; les choses destinées à les satisfaire sont en quantité relativement considérable, non pas chez tous les hommes (car alors l'échange serait inutile), mais chez la plupart d'entre eux. De quoi s'agit-il, en effet? de grains, de fruits, de gibier, de poissons, de fourrures, d'armes, etc. Deux hommes sont convenus d'échanger entre eux de semblables objets; la plupart du temps ils exécuteront chacun leur promesse; mais supposons que l'un des deux se ravise; l'autre ne fera-t-il pas mieux de s'adresser ailleurs où il trouvera le même échange à faire, que d'exercer une contrainte quelconque sur l'auteur de la promesse? Ainsi s'établira très-facilement l'habitude de ne pas considérer une simple promesse comme obligatoire.

Cependant la variété des besoins et des situations fera naître le contrat, la promesse obligatoire à côté de la translation de propriété. Mais quelle est la physionomie primitive du contrat? La convention toute nue est-elle obligatoire? Nulle part nous ne trouvons ce fait à l'origine des législations.

Partout la convention s'introduit comme un accessoire de la translation de propriété, de la dation; elle en devient une modalité; elle grandit pour ainsi dire sous cette ombre, jusqu'au jour où elle devient enfin indépendante.

Quand une convention synallagmatique est intervenue, si aucun des deux contractants ne l'a exécutée, le défaut d'intérêt empêchera l'existence du lien de droit. Mais supposons une situation où l'échange simultané ne soit pas possible, soit parce que l'un des deux n'a pas sous la main l'équivalent qu'il doit fournir et qu'il a un besoin immédiat de l'objet qu'il demande, soit pour tout autre motif. Alors l'un des contractants opérera une translation immédiate de propriété en vue d'une translation future, et il faudra bien nécessairement que la translation (ou restitution) future soit assurée. On peut bien se résigner à ne pas compter sur une promesse quand on n'a pas fourni l'équivalent de la chose promise; on ne se résignera jamais à l'inexécution d'une promesse en échange de laquelle on a donné quelque chose.

Digitized by Google

Voilà donc l'origine du contrat : une *datio* [1], une translation de propriété a lieu, et en échange un engagement est pris. Il faut nécessairement admettre des moyens de coercition pour l'exécution de cet engagement, qui a pour limites les termes mêmes dans lesquels il a été conçu : *Uti lingua nuncupassit*, *cum mancipium nexumve faciet*, dit la loi des Douze Tables, *ita jus esto.*— L'obligation apparaît ici comme l'accessoire de la mancipation (ou du *nexum* qui en est un dérivé postérieur); il y a une translation de propriété qui sert de *substratum* nécessaire à l'obligation, qui en est ce que les jurisconsultes ont appelé plus tard la *causa* [2].

[1] Ou un *factum;* nous ne parlons pas de cette hypothèse ; nous nous attachons aux translations de propriété et aux contrats en tant qu'ils s'y réfèrent.

[2] On pourrait formuler cette règle que dans le droit romain primitif tous les contrats ont été des contrats : 1° *réels*, 2° *unilatéraux* ou synallagmatiques imparfaits, 3° *de droit strict* en principe.

1° Sans parler des contrats qui sont toujours restés réels (*mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus* ou *fiducia*, et si l'on veut, le *precarium*), la vente, *venditio* ou *mancipatio*, apparaît comme le contrat réel par excellence, soit qu'il y ait échange direct accompli immédiatement de part et d'autre, soit qu'il n'y ait qu'un des contractants qui s'exécute, les autres conventions étant alors soumises à la règle légale : *uti lingua nuncupassit, ita jus esto.*

Quant au louage (*locatio-conductio*), son nom même implique le *placement* matériel de la chose louée chez le *conductor;* et ce placement matériel était même le signe caractéristique auquel on reconnaissait les rôles respectifs des parties, celle qui remettait une chose s'appelant *locator*, celle qui la recevait *conductor*. (V. la *Théorie des contrats innommés* de notre excellent collègue, M. Accarias, 7e conférence.) De là cette terminologie, bizarre au point de vue rationnel, qui appelle *locator operis faciendi* le propriétaire qui donne un ouvrage à faire, et *conductor* celui qui s'en charge, au lieu de considérer le premier comme un *conductor*, le second comme un *locator operarum*. Il y a du reste quelque chose d'analogue dans la langue française : le *conductor* qui reçoit une chose s'appelle *preneur*, et le *conductor operis faciendi* (bien que rationnellement et légalement il soit un *locator*) s'appelle de même *entrepreneur*, parce qu'il *prend* le travail à faire.

La *société*, peu usitée dans l'enfance des nations, échappait-elle à cette règle commune? Était-elle, dès le principe, parfaite par le seul consentement? Il est bien permis d'en douter et de croire qu'elle ne créait d'obligations qu'après la mise en commun des objets destinés à être employés. Un fragment d'Ulpien en fournit même la preuve *a contrario :* « In societate « omnium bonorum, omnes res quæ cocuntium sunt continuo communi- « cantur; » et, dans le Digeste, cette pensée est immédiatement complétée par ces mots de Gaïus : « Quia, licet specialiter traditio non interveniat,

Digitized by Google

Si nous considérons la loi salique, le même spectacle s'offre à nos regards : la propriété se transfère par une investiture

« tacita tamen creditur intervenire. » (L. 1 et 2, D., *Pro socio.*) Très-évidemment, ces textes indiquent un droit récent, un progrès dans la théorie de la tradition; ils nous la montrent opérée *animo tantum*, comme dans le cas de constitut possessoire. Mais pourquoi la question même s'était-elle posée? Pourquoi se préoccuper de l'instant où la propriété des quotes-parts est réciproquement transférée entre les associés? N'est ce pas que cet instant de la *communicatio* était précisément autrefois le commencement même de la société, et que jusque-là il n'y avait absolument qu'un pacte nu et sans efficacité juridique? (Cf. L. 58, D., *Pro socio.*)

Le mandat, seul des contrats, serait-il soustrait à cette loi de ne créer d'obligation qu'après l'intervention d'une *datio* (ou d'un *factum*)? La réponse est dans ce fait décisif que, jusqu'à l'exécution, le mandant peut révoquer, et le mandataire abdiquer la mission donnée : le lien obligatoire n'est formé qu'après cette exécution.

2° Nous voyons jusqu'ici tous les contrats *re perfecti;* ils n'ont de vie qu'à la suite d'une remise de chose; et comme conséquence naturelle, dans la plupart des cas ils sont *unilatéraux* ou tout au plus synallagmatiques imparfaits : l'engagement pris par l'une des parties est la représentation de ce que l'autre a déjà exécuté.

Mais voyons comment le contrat s'émancipe peu à peu et arrive à se passer de ce *substratum* nécessaire. Le contrat est d'abord l'accessoire d'une dation, mais il s'en distingue, et il faut lui trouver une loi séparée; quelle est cette loi? C'est celle que nous avons déjà indiquée : la parole prononcée est la limite de l'engagement; elle représente l'équivalent sur lequel doit compter le *tradens*, ni plus ni moins; tant pis si la parole du promettant a trahi sa pensée; là seulement on peut trouver un signe évident auquel on doive une confiance entière; et c'est déjà un progrès immense, le jour où, à côté du fait brutal et matériel de la dation, on finit par reconnaître à la parole le don de créer un fait juridique, en attendant qu'on arrive jusqu'aux nuances de la pensée. Le premier se fait par la combinaison de la dation et de la prononciation des paroles; puis on arrive à ne faire une dation que pour la forme, laquelle sert de support aux paroles; c'est l'obligation *per æs et libram* (G., III, 173); puis, à titre de transition, arrive le *nexum;* et enfin, apparaît la stipulation; les paroles, dont on a expérimenté en quelque sorte la vertu en les alliant avec une dose de plus en plus faible de *datio*, arrivent à être reconnues comme étant elles-mêmes le *substratum*, la *causa obligationis.*

La règle est désormais celle-ci : il y a obligation du moment où des paroles ont été prononcées dans la forme consacrée par le constant usage; et dans ce cas l'obligation n'a d'autre limite que ces paroles elles-mêmes : hors de là, point d'obligation. Ainsi est constitué ce moule flexible de la stipulation, qui exclut toute parole irréfléchie prononcée en dehors des cas et des formes usités, mais où tout peut entrer; ainsi la parole formalisée donne au juge un procédé facile, matériel, d'appréciation; et quelle puis-

Digitized by Google

effective, et en dehors de cette investiture, il n'y a rien : ni translation, ni même obligation.

L'investiture, il est vrai, se montre partielle dans la plupart des cas; elle a lieu *per festucam*, au moyen d'une minime fraction détachée du sol ou de l'objet quelconque qu'il s'agit de livrer [1]. Mais c'en est assez pour prouver que la convention n'a de valeur que par son exécution, au moins partielle, et n'admet pas d'autre preuve. La convention n'a d'effet juridique qu'en tant qu'il s'agit de parfaire, et non pas de créer le droit. On peut suivre encore plus loin l'analogie entre le droit germanique et le droit romain : de même que la forme de la mancipation sert à contracter des obligations en dehors de toute translation actuelle (*obligatio per æs et libram*), de même l'investiture *per festucam* est employée pour former les obligations les plus étrangères aux questions de propriété. C'est ainsi qu'on cautionnait *per festucam*, qu'un maître s'obligeait *per festucam* à représenter un esclave accusé d'un

sante garantie pour la sincérité et l'étendue des obligations! Ainsi s'étend la stipulation, et son analogue le contrat *litteris*.

3° En de semblables conditions, la raison veut que le contrat soit *de droit strict*, que le juge n'ait aucun pouvoir d'appréciation; autrement on perdrait tout le bénéfice de cette merveilleuse puissance qu'on a accordée à la parole. L'appréciation des nuances ne peut venir que bien plus tard. Nos campagnards le sentent encore. Ils s'attachent volontiers à cet adage de notre ancien droit : *On lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles*. Qu'on me permette de citer un fait à titre d'exemple. Il y a dans mon pays une foire aux mules où l'on vient de fort loin, de l'Espagne et du Dauphiné. Un paysan avait mis en vente une mule qui valait bien 600 francs. Un Dauphinois s'approche : « Combien la mule? — 300 francs et une pièce, dit en plaisantant le paysan (tous ces marchés se font chez nous en ajoutant au prix fixé en nombre rond une pièce de 5, 10 ou 20 francs. à titre d'arrhes ou de pot-de-vin). — C'est dit? reprend le Dauphinois. — C'est dit. » Aussitôt l'acheteur prend ses ciseaux et coupe à l'animal une touffe de poils pour indiquer qu'il est bien vendu. « Mais, dit l'autre, je n'ai pas expliqué de combien était la pièce. — Eh bien! voilà une pièce de 100 francs; c'est la plus forte qui existe. » Et le Dauphinois tira en effet une pièce de 100 francs, qu'il ajouta à une somme de 300 francs. Le vendeur malgré lui protesta; mais tout le monde lui donna tort, même ses parents, et il fut obligé d'en passer par là. — J'ajouterai que dans le pays même où ce fait a eu lieu, les ventes d'immeubles ne sont considérés comme obligatoires que s'il a été passé un acte écrit : toute promesse verbale est tenue pour inefficace, si bien prouvée qu'elle soit.

[1] V. Pardessus, *Loi salique*, dissertation XI°, sect. I°.

Digitized by Google

crime[1] : tant on se hasardait difficilement à admettre une autre source de relations juridiques que la transmission matérielle et actuelle d'une possession !

Un fait encore dans le même ordre d'idées : l'investiture *per festucam* opère un effet que la loi salique appelle *adhramire*, ce qu'on traduit par consolider (de *hram* solide). On retrouverait presque ici la double étymologie de la stipulation (*stipula*, équivalent de *festuca*, et *stipare*, consolider). Mais n'y a-t-il pas aussi au moins une coïncidence curieuse dans le rapprochement du mot *adhramire* et du latin *arrha?* Que sont les arrhes dans l'ancien droit romain? un commencement d'exécution de la vente (elles n'ont pas encore le caractère de dédit), et la preuve de cette vente (*argumentum venditionis*). Commencement d'exécution, force obligatoire, valeur probante, voilà donc les trois termes corrélatifs du contrat primitif.

III.

Mais en examinant de plus près les formes d'une translation de propriété, n'y trouverons-nous pas un élément de plus qui soit nécessaire : l'emploi de formes solennelles? Beaucoup de personnes semblent croire que le besoin de solennité est un besoin primitif, et y rattachent le caractère strict des anciennes institutions. Je crois qu'il y a là quelque méprise.

Prenons la mancipation.

En quoi consiste essentiellement cette mancipation? Toujours et essentiellement dans la livraison matérielle de la chose, accompagnée du pesage du prix. Mais pour qu'elle ne laisse aucun doute, elle est entourée de publicité et de formalités; des témoins sont appelés, et des paroles nettes et précises indiquent le fait de la translation.

Où est la solennité? Sans doute il y a nécessairement quelque chose de contingent et d'arbitraire dans les détails : d'où vient, par exemple, le nombre précis de cinq témoins? Probablement des cinq classes de Servius Tullius (*quinque classici testes*); mais est-ce une raison pour faire remonter l'institution de la mancipation, comme une création de toutes pièces, à la réforme de Servius Tullius ou simplement à

[1] V. Pardessus, *Loi salique*, dissertation XIe, sect. Ire.

Digitized by Google

l'époque historique désignée par ce nom peut-être un peu légendaire? Cela me semble impossible : la mancipation, dans ce qu'elle a d'essentiel, a existé du jour où l'on a voulu échanger un bien pour une monnaie. Elle a consisté dans un échange, non pas symbolique et de formalité, mais pleinement réel. Des témoins étaient indispensables pour constater cet échange; le nombre de ces témoins, primitivement indéterminé, a été déterminé *ex postfacto* par une circonstance fortuite, par un usage qui s'est établi en harmonie avec les institutions politiques.

Il n'y a donc d'autre différence à faire en principe entre la mancipation et la tradition, sinon que la mancipation était une tradition prouvée, et la tradition une mancipation dépourvue de l'élément probatoire. Toutes ces choses, qui ont plus tard paru établies *ad solemnitatem*, étaient primitivement faites *ad probationem*.

Mais peu à peu l'appareil extérieur frappant plus vivement les esprits que la réalité des choses, on se prit aisément à voir dans les formalités la substance propre de l'acte; on arriva à faire une mancipation avec une balance où l'on ne pesait rien, et avec remise d'une chose qui n'était pas là. Ce résultat n'avait rien en lui-même d'irrationnel : c'était en effet la forme extérieure qui donnait la certitude à l'acte translatif, bien plus que la translation elle-même.

A côté de la mancipation, le droit romain nous montre la *nuda traditio* s'appliquant aux choses *nec mancipi*, c'est-à-dire aux objets de moindre valeur. Mais cette coexistence semble fournir une grave objection contre notre système. Si la différence entre la tradition et la mancipation n'est absolument qu'une question de preuve, si la tradition n'est qu'une mancipation non prouvée, comment expliquer qu'elle transfère la propriété des choses *nec mancipi*?

Si je ne me trompe, la règle applicable aux choses *nec mancipi* (non de bonne prise, non de propriété) n'était autre chose qu'un équivalent à peu près exact de notre règle française : *En fait de meubles possession vaut titre.* Comme il s'agissait de choses sans valeur [1], placées en quelque sorte

[1] Cf. l'adage : *Vilis mobilium possessio.*

Digitized by Google

en dehors du droit de propriété (*mancipium*), peut-être aucune action n'était donnée pour les revendiquer. Le possesseur était donc propriétaire par le fait même de sa possession; mais comme cette possession provenait presque toujours d'une tradition dont on n'avait pas pris soin de se réserver la preuve, on fut nécessairement amené, quand ces choses entrèrent dans le domaine définitif du droit, à reconnaître qu'elles se transmettaient par la tradition et conséquemment à faire de la tradition une chose distincte de la mancipation.

Puis il dut se faire un retour dans les esprits : à mesure que la jurisprudence se perfectionnait, que le juge prenait l'habitude d'apprécier des nuances plus délicates, qu'en même temps les moyens de preuve se multipliaient, soit par la généralisation de l'écriture, soit par les facilités de contrôle qu'établissent les progrès des mœurs et des relations sociales, on se demanda si les formes complètes de la mancipation étaient bien une condition nécessaire pour qu'on crût à la translation de la propriété. La notion de la tradition, qui s'était formée graduellement à propos des choses *nec mancipi*, prit alors son développement; et il se trouva une sorte de double emploi dans l'emploi simultané de la mancipation et de la tradition simple. Pour expliquer ce double emploi, on crut devoir appliquer ces deux choses à des catégories d'objets différents (*res mancipi* et *nec mancipi*); on considéra la tradition comme le mode naturel (*juris gentium*), et la mancipation comme l'acte de droit civil (*actus legitimus*), formé de toutes pièces par la loi positive à l'usage particulier du peuple romain. De cette manière de voir, historiquement fausse, mais accréditée par la prédominance des formes probatoires et par la disparition graduelle de la substance de l'acte, naquit après coup l'idée de la *solemnitas civilis*. La tradition étant dès lors considérée comme institution de droit naturel, et acceptée à ce titre, on dut lui donner le plus d'importance possible. De là les réformes de Publicius, qui, devançant de bien loin celles de Justinien, réduisirent la mancipation et la propriété *ex jure Quiritium* à un rôle en quelque sorte honoraire : la théorie féconde de l'*in bonis habere* fut fondée; et les actions *utiles* mirent la réalité à la place d'un système naturel dans le principe, mais

Digitized by Google

devenu artificiel par suite des progrès qui s'étaient faits autour de lui.

La mancipation et la tradition sont, à Rome, les deux modes par excellence de transmission de la propriété. Ne nous arrêtons pas à la *cessio in jure* et à l'*adjudicatio*, procédés créés pour des cas particuliers afin d'obvier à des impossibilités nées des formules du droit positif[1]. Nous cherchons, en effet, les progrès qui sont imposés par les faits extérieurs ou par les lois générales de l'esprit humain; quant aux changements qui résultent des évolutions internes du droit positif, ils n'ont pour nous aucune importance : la loi, en pareil cas, remédie à des inconvénients qu'elle a elle-même créés.

Suivons donc le développement de la tradition ou livraison matérielle; demandons-nous comment elle a dû, en se transformant, subir des modalités par la seule volonté des parties; comment enfin la simple convention a dû devenir translative de propriété.

Nous avons vu comment une *datio* pouvait très-anciennement servir de *substratum* et de point de départ aux conventions qui s'y rattachaient; comment, plus tard, grâce à l'obligation par paroles, on put créer un engagement obliga-

[1] Il y aurait une étude à faire, à ce point de vue, sur le système formulaire des Romains. Le droit antérieur était formaliste à deux points de vue : les actes qui créaient le droit étaient souvent empreints d'une solennité extérieure qui n'avait plus de raison d'être; d'autre part, la procédure, organisée sous l'influence patricienne, avait un rituel compliqué.

Le système par formules supprima l'appareil sacerdotal de la procédure, comme n'ayant aucune relation avec le fond des choses, et y substitua les actions rédigées (*concepta judicia*); il établit donc une relation, jusque-là inconnue ou imparfaite, entre les droits à prétendre et les actes de la procédure; pour obtenir cette relation, il lui fallut une classification scientifique des droits en eux-mêmes. Mais comme toute classification, si naturelle et si scientifique qu'on la fasse, constitue un système plus ou moins arbitraire, avec ses imperfections et ses lacunes, il dut résulter de là une source nouvelle d'anomalies juridiques : la rigueur, transportée dans l'adaptation exacte de l'action et du droit, créa des difficultés inconnues sous les actions de la loi. L'intervention des préteurs et des prudents, pour corriger et adoucir les aspérités du système, fut peut-être beaucoup plus nécessaire qu'avec l'ancienne procédure. Le nouveau système n'arrêtait pas son formalisme à la surface des choses; il allait jusqu'au fond; et ce formalisme, établi sous l'empire d'une réaction philosophique et scientifique, n'était pas né spontanément des mœurs du pays. Nous reprendrons peut-être un jour cette idée avec plus d'étendue.

Digitized by Google

toire de transférer la propriété. Mais, arrivés à ce point, deux différences nous séparent encore du système qui doit définitivement prévaloir : 1° la convention n'est valable que si elle est faite dans les termes formels qu'exige l'usage établi (stipulation ou réponse catégorique à une demande précise); 2° la convention, même en forme, n'a pas la vertu de transférer la propriété; elle crée simplement une obligation personnelle de la transférer.

Cherchons donc quel enchaînement nécessaire de causes a dû amener un changement sur ces deux points.

Quant au premier point, la forme de la stipulation, il y aurait à faire même observation que sur la mancipation. La forme extérieure n'est pas primitivement une formalité solennelle; c'est l'expression la plus naturelle et la plus énergique de la volonté des contractants, celle qui offre les meilleures garanties d'un consentement bien réfléchi; c'est donc celle à laquelle on s'est presque nécessairement habitué, et alors on a fini par lui attacher, en tant que simple forme, une vertu particulière. Dès lors, il serait inique de faire produire obligation aux paroles qui n'ont pas cette allure décisive : ce sont paroles en l'air, préliminaires et proposition de marché, rien de plus. A côté des contrats réels, qui subsistent, bien entendu, la stipulation (ou le contrat *litteris*, son succédané), semble donc seule obligatoire. Et pourtant, voici que tout à coup nous voyons paraître dans le droit les *contrats consensuels*, c'est-à-dire des contrats qui, en vertu du simple consentement, manifesté d'une manière quelconque, obligent à *dare* ou à *facere*; et en tête des conventions qui ont cette vertu particulière, nous trouvons précisément la vente (*emptio-venditio*). Par une singularité remarquable, l'échange, qui a fourni le type de la vente, reste, dans la doctrine définitive des jurisconsultes, parmi les contrats innommés, et n'a d'effet légal qu'au moyen et au moment de la translation de propriété. Comment expliquer ce changement? C'est que la vente, de même que le louage, est devenue un contrat usuel par excellence, parce que la multiplication des relations et des besoins en ont fait une nécessité de tous les jours; c'est que le développement du commerce a rendu nécessaire, inévitable, la vente entre absents, la vente dans toutes les conditions d'imprévu et de rapidité. Dans un pareil état, on est

Digitized by Google

conduit à en accepter la preuve, sous quelque forme qu'elle se produise; à défaut de la stipulation, du contrat *litteris* ou de la tradition actuelle [1], qu'on emploie toujours quand on le peut, mais qui parfois sont impossibles, le juge en vient à saisir le consentement partout où s'en trouve la manifestation. Pendant ce temps, l'échange reste *in statu quo*, parce qu'il n'est pas une nécessité de tous les jours, et qu'il n'a pas besoin de la même rapidité.

Mais il y a un second point à examiner. La convention qui a pour but la translation de la propriété (stipulation ou vente), n'opère pas par elle-même cette translation; il faut la tradition; et le créancier n'a en vertu de son contrat qu'une action personnelle, pour forcer le débiteur à lui livrer la chose ou à lui payer des dommages-intérêts. Pourquoi la translation de la propriété n'est-elle pas dès le premier jour opérée par le fait de la convention? Pour deux raisons : 1° parce que la propriété et la possession matérielle ne sont pas encore assez bien distinguées, parce que les esprits s'attachent toujours au fait matériel pour constater la propriété; 2° parce qu'aucune nécessité n'a encore exigé qu'on eût, dès le jour même où l'on acquiert, la certitude absolue d'être propriétaire. Qu'importe en effet à un acquéreur, si la tradition matérielle n'est pas immédiatement possible, d'avoir un droit certain sur une chose, ou un droit à une indemnité représentative? Pour que l'intérêt naisse, il faut supposer une certaine complication de besoins et de rapports, qui lui fasse une nécessité d'avoir tel objet déterminé et non tel autre, à un jour fixe et pour un usage donné. C'est alors, si la tradition actuelle n'est pas possible, qu'on avisera pourtant à rendre l'acquéreur immédiatement propriétaire. On aura recours à une sorte de tradition qui mettra l'objet à sa disposition, sans lui conférer la possession complète : on lui livrera les clefs du grenier où sont les marchandises achetées, celles de la maison où il veut s'établir; en son absence, on remettra l'objet acquis à un tiers qui le recevra pour lui (Inst., *De div. rer.*, §§ 42, 45); mieux encore, sans rien changer à l'état matériel

[1] Sur l'emploi du contrat *litteris* pour constater en forme le contrat de vente, voyez, dans le *De officiis*, l'histoire de Canius et de Pythius; sur l'emploi de la stipulation, les textes de Gaius et du Digeste.

Digitized by Google

des choses, ce sera l'aliénateur lui-même qui se constituera le mandataire de l'acquéreur, et qui déclarera désormais posséder en son nom et pour son compte (Celsus, L. 18, D., *De adq. vel amitt. poss.*). Cette clause, dite de *constitut possessoire*, nous mène directement, bien qu'en disent les textes (L. 20, C., *De pactis*), à la translation de la propriété par le consentement. Si cette clause ne devient pas usuelle dans le droit romain, elle est de style dans les derniers temps de notre ancienne jurisprudence; et le Code civil n'a plus qu'à constater un fait accompli, quand il déclare que la propriété se transfère par le seul effet des conventions.

Mais, en même temps que les nécessités diverses amènent cette solution, une autre nécessité tend à faire maintenir l'ancien système, ou plutôt à faire établir une publicité quelconque des transmissions de propriété : cette nécessité, c'est l'intérêt des tiers. De là, nos lois sur la transcription après tant d'autres essais.

C'est à travers toutes ces modifications de l'échange que la volonté de l'homme arrive graduellement à être efficace par elle-même, sans avoir besoin, comme autrefois, d'un contact matériel avec les choses : preuve de plus en plus évidente du pouvoir que lui assurent de jour en jour les progrès des relations sociales et l'extension même des besoins.

IV.

Il semble qu'après avoir parlé de l'échange, principal mode de la translation de propriété, il soit superflu de s'attacher à la translation à titre gratuit, ou *donation*. Cependant, il y a ici quelques particularités à remarquer. La donation ne s'accomplit pas, comme l'échange, sous la pression d'une nécessité immédiate : il y a sans doute des donations, du jour où il y a des affections ; mais elles échappent longtemps aux règles d'un droit véritable, c'est-à-dire d'un usage constant et reconnu; leur développement dans les diverses législations offre quelque chose d'arbitraire en apparence.

Comment la donation devient-elle parfaite? Quel fait la rend irrévocable? Si nous nous placions au point de vue qu'on appelle aujourd'hui naturel, nous dirions : C'est par le fait même de la promesse acceptée que la donation doit

Digitized by Google

être à la fois parfaite et irrévocable. Si nous cherchions à nous guider par les analogies historiques, nous répondrions plutôt : La donation est parfaite, soit par la livraison matérielle de la chose, soit par la promesse dûment formalisée. Et, en nous plaçant à l'époque classique du droit romain, ou dans l'ancienne législation française, ou même dans le droit actuel, cette dernière solution serait en effet la vraie. A Rome, la donation ne constitue pas un *proprium genus negotii ;* elle se fait, soit par une dation (mancipation, tradition, *in jure cessio*), soit par une stipulation ; et elle ne diffère de la dation ou stipulation ordinaire que par son motif déterminant, mais non par sa substance juridique. Chez nous, la donation est bien un *proprium genus negotii;* mais là encore, nous la trouvons parfaite par le consentement exprimé dans une forme solennelle et légale, ou par la tradition, quand il s'agit de meubles corporels (don manuel).

Faut-il conclure de là que dans le principe, la donation a été envisagée du même œil que la dation à titre onéreux? Faut-il dire que les différences actuelles sont précisément l'expression de la ressemblance originelle, les formes sacramentelles ayant disparu dans un cas et persisté dans l'autre?

Peut-être ; mais en y regardant de plus près, au moins chez les Romains, nous pourrions soupçonner une différence originelle. Le *datio*, dans sa forme primitivement unique de *mancipation*, est essentiellement une opération à double face : d'un côté il y a la tradition de la chose, de l'autre le pesage et le payement du prix. L'échange est donc organisé, mais non pas la donation : fait assez digne de l'avarice romaine. Quel était donc le type de la donation? C'était probablement la tradition telle quelle des choses *nec mancipi*, objets sans valeur, qu'on donnait facilement et qu'on ne songeait pas à redemander; peut-être est-ce à l'occasion des donations que se précisa cette règle que les choses *nec mancipi* s'acquéraient par simple possession ou tradition. Que si l'objet était de plus grande valeur, le type de la donation semble être le *precarium*, la tradition consentie sans intention originelle et précise de reprendre le bien, la tradition faite avec la volonté d'aliéner et acceptée avec l'intention d'acquérir, mais qui cependant avait laissé au donateur la faculté non contestée de revenir sur sa libéralité. La révocabilité aurait donc

Digitized by Google

été de l'essence même de la donation. Ainsi s'expliquerait le caractère hybride de cette constitution du *precarium*, qui ne donnait pas l'irrévocabilité dans la propriété au donataire, mais qui cependant le faisait possesseur *animo domini*, et ne lui imposait de responsabilité qu'en cas de dol ou de faute lourde (*quia rem quasi suam negligeret*).

Plus tard seulement, la donation serait entrée dans le cadre ordinaire des dations et des obligations, lorsque la mancipation aurait cessé d'être un échange matériel, pour devenir une simple formalité probante.

V.

Tous les modes de translation de propriété semblent devoir se ramener, à quelques différences près, à ceux que nous avons signalés. On trouve pourtant, dans les énumérations des lois romaines, dans celles du droit actuel, et dans bien d'autres, un mode qui a un caractère à part : c'est l'*usucapion* ou *prescription acquisitive*. Est-ce là un mode d'acquérir distinct? Est-ce une présomption d'acquisition? Au point de vue actuel, c'est l'un et l'autre. Historiquement, ce n'est proprement ni l'un ni l'autre.

Le délai originaire de l'usucapion ou prescription acquisitive est l'année. Chez les Romains, ce terme est resté pour les choses mobilières et les hérédités; pour les choses du sol, il a été doublé, sans doute à une époque relativement récente et à la suite d'un changement dans le mode de culture. Dans le droit germanique et dans l'ancien droit français, nous voyons reparaître le délai annuel; chez les Germains de Tacite, l'année est le terme après lequel les terres sont soumises à un nouveau partage; d'après la loi salique, la possession d'un an fait acquérir au nouveau venu dans la *villa* l'incolat et les droits de communauté qui en dépendent. Dans des textes postérieurs, nous voyons la possession d'un an faire acquérir la propriété immobilière[1].

Quelle conclusion tirer de ces rapprochements?

La prescription, très-probablement, tire son origine de ce fait que, dans l'état ancien de communauté agraire, soit à

[1] Loi salique, ch 48.— V. de Parieu, *Études sur les actions possessoires*, chap. IV.

Digitized by Google

Rome, soit en Germanie, l'affectation individuelle de chaque pièce de terre durait un an, le temps du cycle complet de la culture et de la récolte. Or, si les possesseurs, une fois la période annale accomplie, restaient en possession un seul jour de plus, la nouvelle répartition devenait superflue, la nouvelle année était acquise tacitement à chaque possesseur, et ainsi de suite. Aussi le délai n'était-il pas strictement d'un an, mais d'un an et un jour [1].

Quand la propriété agraire se constitue, elle n'est pas du premier coup établie d'une façon aussi étroite ni surtout aussi générale qu'aujourd'hui. Lors donc qu'un champ est abandonné pendant un an entier par son possesseur, il semble rester soumis à l'ancien système de communauté négative et échapper aux lois de la propriété agraire; c'est le fait seul d'une culture suivie, qui établit, maintient et fait triompher ces dernières lois.

L'usucapion annale s'établit donc tout naturellement pendant l'époque de transition; mais à mesure que la propriété agraire s'individualise, le caractère dévestitif et investitif de la prescription s'assure davantage. Elle devient bien un vrai mode de transmission. Alors on arrive à en prolonger le délai. Le terme de deux ans s'établit d'abord, à cause de l'usage des jachères (*novalia*), qui étend à deux ans le cycle de la culture, ce qui suppose déjà un sol facile à épuiser et un progrès nécessaire dans l'aménagement.

Puis le délai s'allonge encore : chez les Romains, nous voyons, à côté de l'usucapion, s'introduire la *præscriptio longi temporis*, dont le délai, peut-être indéterminé dans le principe [2], est ensuite fixé, pour des motifs un peu arbitraires, à dix ans et à vingt ans. Plus tard se montre le délai de trente ans, qui correspond au temps moyen de la vie humaine; et ainsi semble se manifester une sorte d'identification partielle entre l'homme et sa propriété.

Nous avons esquissé le cadre des modes de transmission de la propriété. Avec des différences secondaires dans le mode d'évolution, si on les considère chez les differents

[1] *Contra* L. 6, 7, D., *De usurp. et usucap.*

[2] Il semble être resté tel pour l'acquisition des servitudes. (L. 1, § 23; L. 2, §§ 1 et 8, D., *De aqua pluvia.*)

Digitized by Google

peuples, on voit partout la transmission, comme l'établissement même de la propriété, se modeler sur les besoins progressifs de l'homme, sur le pouvoir croissant de l'individu et de la société, par conséquent sur des causes extérieures au libre arbitre actuel du législateur et des citoyens.

VI.

Faut-il maintenant préciser quelques-unes des conséquences de l'étude qui précède?

Le législateur, à ce qu'il semble, a deux limites d'action: la nécessité, et l'utilité générale ou le sentiment de la justice humaine: la nécessité, limite infranchissable et fatale; l'utilité, limite qui peut être reculée ou méconnue, soit par le législateur, soit par les particuliers, et qui laisse à chacun l'usage de son libre arbitre.

L'étude du droit ne doit-elle s'attacher qu'à la seconde de ces limites? Faut-il ne reconnaître le droit, le phénomène juridique, que là où s'éliminera l'élément nécessité? — Si l'on fait ainsi, on condamne, avec presque tous les modernes, la définition stoïcienne des jurisconsultes romains: « Le droit naturel est celui que la nature a enseigné à tous les animaux: ce droit n'est pas propre au genre humain; il appartient à tous les animaux qui vivent dans le ciel, sur la terre et dans la mer. De là descend l'union du mâle et de la femelle, que nous appelons mariage; de là la procréation et l'éducation des enfants. Nous voyons en effet tous les autres animaux connaître et pratiquer ce droit[1]. »

Pure absurdité! dit-on généralement: les lois fatales de l'instinct physiologique ne forment aucune partie du droit; il n'y a *droit* que là où il y a liberté morale et responsabilité; et par la même raison, on condamne la définition que les jurisconsultes de Rome donnaient de la liberté par opposition à l'esclavage: « C'est, disaient-ils, la faculté naturelle

[1] « Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cetera quoque animalia istius juris peritia censeri. » Ulpien, L. 1, § 3, D., *De just. et j.*

Digitized by Google

de faire ce qu'on veut, si l'on n'en est empêché par une force majeure ou par le droit. » L'assimilation, le rapprochement même de ces deux choses est inexact : le droit exerce sa contrainte *in volentem*, la force naturelle *in volentem nolentemque*.

Tout cela est vrai, si nous voulons contempler chaque cas particulier où l'individu se trouve placé en face d'une règle à laquelle il peut obéir ou ne pas obéir, ou si encore nous voulons voir dans le droit cette portion perfectible que le législateur peut à son gré changer ou laisser subsister.

Mais est-ce là tout le droit? N'y a-t-il pas dans le droit, et je dis dans le cœur même de ses institutions, la famille, la propriété, l'hérédité, autre chose qu'un produit du libre arbitre dirigé par l'idée de justice absolue ou d'utilité? N'y a-t-il pas une nécessité incorporée à toutes ces institutions, qui en a fait la loi et la structure générale, qui en a fatalement imposé les principales solutions?

Ces institutions, chez l'homme, ont un développement qu'elles n'ont jamais acquis, qu'elles ne pourront jamais acquérir chez les animaux. Pourquoi? Est-ce seulement parce que l'homme a déployé son libre arbitre sous l'influence des idées de justice et d'utilité? Est-ce à cause de sa nature morale et responsable? Il y a bien des choses, et c'est le plus grand nombre, que l'homme a faites, non comme libre, mais comme perfectible, en vertu de la loi nécessaire de ses besoins croissants et de son intelligence soutenue à la hauteur de ses besoins. Bien souvent, l'utilité d'une institution a été, à un moment donné, une nécessité inéluctable; et, soit que l'homme ait devancé l'instant où elle le menaçait, soit qu'arrivé au dernier jour il ait été dans l'alternative de périr ou de changer, il n'a fait qu'obéir à une loi impérieuse de la nature.

Il y a plus :

Presque toutes les institutions, presque tous les principes du droit sont nés d'une façon *inconsciente* à un certain point de vue. Une nécessité, puis une habitude fondée sur l'analogie matérielle des situations, ont donné le branle à l'esprit humain; et c'est quand les institutions ont acquis tout leur développement, que l'homme, jetant un regard en arrière, a dégagé de cette contemplation son idéal de justice; et après

Digitized by Google

coup, comme le Créateur, il a vu que son œuvre était bonne (*et vidit quod esset bonum*). Puis, élevant encore cette notion acquise *à posteriori*, il y a trouvé le principe de nouveaux progrès, conscients cette fois et libres.

A mesure qu'on étudie les institutions, on y découvre les raisons de fait, précédant et dominant toujours les raisons abstraites et morales.

Aujourd'hui, en présence de cette règle de notre droit : — toute convention volontaire oblige celui qui l'a consentie, — nous nous demandons : pourquoi et comment n'en a-t-il pas toujours été ainsi ?

On peut tout aussi bien se demander : Pourquoi et comment en est-on venu là?

Le fait initial, en effet, ce n'est pas l'exécution des obligations assurée à l'avance ; c'est l'absence de tout rapport déterminé entre les hommes. Ce n'est qu'en partant de ce fait initial, en le voyant se modifier successivement, que nous arrivons à l'état actuel. Le droit tout entier se crée ainsi, à mesure de l'augmentation des besoins et du pouvoir.

S'il y a une morale primitive, il n'y a pas de droit naturel primitif, exécutoire par lui-même, pratiqué ou accepté dès les premiers jours par tous les hommes; il y a des forces concourantes qui amènent des résultats divers. L'idée d'un droit véritable, c'est-à-dire distinct du fait actuel, l'idée d'une sanction sociale, l'application de ces idées de droit et de sanction sociale à diverses catégories d'actes, se produisent progressivement, sous l'empire de lois qu'on peut rapprocher des lois physiologiques.

Il serait curieux, à ce point de vue, d'étudier comment ces idées se forment peu à peu dans l'esprit des enfants. Malheureusement (au seul point de vue, bien entendu, de l'observation scientifique), les enfants sont placés dans un milieu tout fait par les générations antérieures; leur intelligence et leur volonté sont soumises aux fortes impressions de l'éducation ; et jusque dans les expériences assez puériles que propose Jean-Jacques Rousseau, soi-disant pour laisser l'esprit de l'enfant arriver spontanément à la découverte des lois sociales, on sent encore la main du maître.

Une étude moins complexe est celle des peuples-enfants. Chez ces tribus sauvages, dont on étudie les mœurs plutôt

Digitized by Google

comme un objet d'histoire naturelle que comme une partie de la science politique, on pourrait trouver le droit à ses premières phases, presque encore à l'état de *fait habituel* plus que de conception idéale. On pourrait, suivant les divers âges auxquels sont arrivés ces derniers-nés[1] de la race humaine, voir quelles modifications se sont imposées à l'état de la propriété, de la famille, de tous les devoirs sociaux. On rechercherait les causes externes qui ont produit les différences; et dans cette étude comparative, comme dans toutes les sciences d'analyse et d'induction, on trouverait le moyen peut-être de formuler des lois absolument générales; on aurait ainsi, sinon le pourquoi, au moins le comment, d'une des principales évolutions de l'humanité.

LÉOPOLD THÉZARD.

BIBLIOGRAPHIE.

NOUVELLE ÉTUDE SUR LE CADASTRE ET LES ABORNEMENTS GÉNÉRAUX

AVEC RECHERCHES HISTORIQUES

SUR LA CONSTATATION ET LA CONTENANCE DES PROPRIÉTÉS[2].

Par M. A. BRETAGNE, directeur des contributions directes de la Meurthe.

Compte rendu par M. Paul CAUWÈS,
Agrégé à la Faculté de droit de Nancy.

Le cadastre parcellaire de la France n'a été achevé qu'en 1850, mais on n'a pas attendu cette date pour en demander la rénovation. Il serait trop long d'esquisser, depuis 1818, l'histoire des nombreux projets et de toutes les propositions qui se sont succédé presque sans interruption. L'action législative s'est enfin lassée : vainement l'article 6 de la loi du 7 août 1850, dans le but de solliciter l'initiative de l'administration et de la contraindre à reprendre un important projet élaboré en 1846, avait-il imaginé d'interdire aux conseils gé-

[1] Derniers-nés intellectuellement et moralement, voulons-nous dire. De quelque façon que le fait s'explique, on rencontre, dans les diverses régions du globe, des hommes arrivant à peu près à toutes les phases de développement qu'on peut constater ou supposer chez nos devanciers.

[2] Un vol. in-8° de 135 pages et 4 planches. 1870 (Nancy, Wiener, éditeur).

Digitized by Google

néraux de voter des centimes additionnels pour le renouvellement des opérations dans les cantons où le cadastre était le plus ancien ; vainement aussi en 1866 (séance du Sénat du 6 avril) M. le président Bonjean et M. Tourangin soutinrent-ils avec une conviction ardente la cause de la réforme du cadastre. Mais ces insuccès n'ont pas découragé les efforts individuels : les vœux des conseils généraux, les pétitions des particuliers, n'ont cessé de réclamer l'institution de l'*état civil* des biens-fonds, la création de *livres fonciers*. Dans l'enquête agricole, sur 7,639 dépositions, on n'en a pas compté moins de 3,655 en ce sens. Enfin, dans les départements de la région de l'Est, les communes ont été au devant de l'État et ont obtenu l'autorisation de faire dresser à leurs frais un nouveau cadastre que la loi ne jugeait pas à propos de prescrire aux frais de l'État. Une telle persistance, couronnée de succès, est bien louable, mais on peut ajouter qu'elle a eu un autre résultat utile, celui de mieux préparer le terrain législatif et de rendre la réforme si longtemps poursuivie plus facilement réalisable.

Le livre de M. Bretagne dont nous annonçons un peu tardivement la publication comptera parmi les principaux documents à consulter, et nous ne saurions le recommander trop à la sérieuse attention de tous ceux que préoccupe la question de l'impôt foncier et celle non moins grave de la preuve de la propriété foncière. C'est l'œuvre d'un praticien expérimenté qui mérite d'autant plus d'obtenir crédit pour les réformes partielles sagement combinées dont il est partisan, qu'il commence par proclamer les immenses services rendus jusqu'ici à l'État et aux particuliers par le cadastre parcellaire (p. 71 à 73). M. Bretagne est d'avis que la rénovation du cadastre doit s'effectuer sous la forme d'abornements généraux ; qu'il faut laisser aux communes le soin de les réclamer, sauf à leur prêter le concours des agents de l'administration et à leur accorder de légères subventions. La seule mesure législative qui lui paraît opportune est l'extension aux abornements généraux de la loi du 21 juin 1865 sur les associations syndicales : il faudrait que l'abornement fût rendu obligatoire pour la minorité des propriétaires qui n'y auraient pas consenti (art. 12 à 17 de la loi de 1865) ; « peut-être devrait-on exiger, pour l'opération si délicate des abor-

Digitized by Google

nements généraux, une majorité plus considérable que pour les autres associations. » (P. 127.)

En théorie, personne ne conteste l'utilité du renouvellement du cadastre, ne fût-ce qu'au point de vue de l'assiette de l'impôt. En 1862, dans le département du Pas-de-Calais, l'administration elle-même avouait qu'à raison de l'extrême fréquence des transmissions, il était impossible dans 185 communes d'opérer les mutations. Il a été souvent attesté que dans plusieurs parties de la France les propriétaires ne peuvent plus reconnaître leurs propriétés sur le plan cadastral. Aussi la seule considération qui a empêché le renouvellement général du cadastre est l'énormité de la dépense qu'engendreraient ces nouvelles opérations : on ne l'estime pas à moins de 300 millions. M. Bretagne ne demande pas de sacrifices à l'État, sinon quelques subventions pour les communes les plus pauvres. Les nombreux abornements qui ont eu lieu dans l'Est[1] lui font espérer que la rénovation du cadastre pourrait s'effectuer successivement à la demande des intéressés sans grever les finances publiques.

Les auteurs du cadastre avaient aperçu qu'il pourrait servir de titre à la propriété. On lit dans le *Recueil méthodique des lois et instructions sur le cadastre*, publié en 1811, dans l'article 1143 : « Le cadastre peut et doit même nécessairement par la suite servir de titre en justice pour prouver la propriété. Il en est de même des livres de mutation qui conservent la trace de tous les propriétaires par la main desquels un bien fonds passe successivement. »

Cette idée d'employer le cadastre à la constatation de la propriété est familière aux lecteurs de la *Revue;* ils n'ont pas oublié l'intéressante dissertation de M. Trémoulet (*Revue critique*, t. XXXIII, p. 513) et sa pétition à l'Assemblée nationale (*Revue critique*, t. XXXVII, p. 549). Elle a été reprise dans un projet rédigé en 1867 par le Comité central des géomètres et publié dans le *Journal des géomètres*, 1868, n° 6. M. Bretagne en reproduit le texte (p. 77), et réfute l'opinion d'après laquelle une révision administrative des plans parcellaires devrait donner au cadastre la valeur d'un titre général et public de la propriété foncière. Selon lui, le cadastre

[1] Dans plus de 100 communes de la Meuse sur 587 ; dans 95 du département des Ardennes sur 478.

Digitized by Google

ne peut faire titre que s'il émane du consentement des intéressés, c'est-à-dire que s'il est renouvelé sous la forme d'un abornement général. L'intervention de l'administration à titre officieux serait désirable pour la garantie de la bonne exécution des opérations et pour le choix des géomètres (p. 128 et 129).

Cette thèse ne peut encourir le reproche de porter atteinte à la propriété privée, et, en même temps, elle est conforme aux intérêts de l'État : ainsi, presque toujours à la suite des abornements généraux, les délimitations nouvelles ont été acceptées comme cadastre au grand profit de l'impôt. Il faut lire dans l'ouvrage de M. Bretagne le texte des traités ayant pour objet l'abornement général de plusieurs communes du département de la Meurthe, et, surtout, l'exposé si lucide des opérations confiées aux commissions communales (élues par les propriétaires intéressés) et au géomètre. Des tableaux comparatifs donnant les résultats du cadastre de 1811 et ceux des abornements généraux et des plans indiquant le mode de délimitation suivi, permettent d'apprécier nettement les avantages très-réels du procédé recommandé par M. Bretagne. Nous ne pouvons présenter ici de cette partie technique de l'ouvrage qu'une analyse bien incomplète : l'abornement général s'opère sur chacun des lieux dits, cantons ou chantiers de la commune, en prenant ordinairement pour base les états de section du cadastre ancien. S'il y a lieu à des rectifications, elles se font par la commission élue, d'accord avec le géomètre, au moyen de compensations établies entre les lieux dits. La première opération consiste dans la levée du plan du périmètre du canton sans tenir compte des parcelles; la seconde a pour objet la répartition de la contenance totale entre les différentes parcelles suivant la proportion déterminée par les titres. Les propriétaires donnent procuration à la commission pour poursuivre en justice la solution des difficultés contentieuses, ou bien constituent, comme arbitre, le juge de paix. Les procès sont plus rares qu'il ne serait permis de le penser; ils ne sont guère soulevés que par les anticipateurs connus aussi sous le nom expressif de *retourneurs de sillons*. M. Bretagne insiste avec raison sur plusieurs excellents effets des abornements généraux : 1° Ils abrégent la durée du travail et rendent plus facile la culture

Digitized by Google

au moyen de la rectification du périmètre souvent très-irrégulier des parcelles. 2° Ils mettent obstacle à des empiétements ultérieurs, car ils font l'office de procès-verbaux de bornage, indiquent les longueurs, largeurs et directions des terrains; aussi a-t-on remarqué moins de méfiance dans les rapports de voisinage et une notable diminution du nombre des procès dans les communes où les abornements généraux sont intervenus. 3° Enfin ils sont l'occasion toujours saisie avec empressement par les commissions de décider la création de chemins d'exploitation si utiles à la petite et à la moyenne culture dans les pays où la propriété est très morcelée.

Tous les jurisconsultes comprendront de quel autre bienfait nous serions redevables aux abornements généraux, s'ils devaient permettre aux propriétaires d'invoquer le cadastre (dressé du consentement de la très-grande majorité des propriétaires de la commune) comme titre de leurs droits en justice. On ne peut rien lire de plus décisif à ce sujet que l'admirable discours du président Bonjean au Sénat en 1866. Mais pour que ce bienfait fût durable, il faudrait organiser la conservation du cadastre, c'est-à-dire non-seulement inscrire sur chaque matrice les noms des propriétaires successifs des parcelles de terrain, mais en cas de réunion de plusieurs parcelles en une seule, ou à l'inverse au cas (si fréquent à la suite de partages de succession) de subdivision d'une parcelle en plusieurs, avoir soin de dresser de nouveaux plans afin qu'il subsiste une constante harmonie entre l'état du terrain et les plans qui en sont dressés. Nous nous étonnons de nous trouver en dissentiment sur ce point avec M. Bretagne qui se prononce (p. 80) contre l'institution de bureaux de mutation pour la mise au courant des minutes cadastrales; nous ne pensons pas non plus que notre auteur soit dans le vrai lorsqu'il conteste l'utilité du système d'inscription qui prévaut en Hollande et en Allemagne, au point de vue du crédit foncier. Mais ces critiques ne portent pas sur le fond du travail si estimable de M. Bretagne, et nous avons pensé devoir les formuler afin de montrer que par l'effet d'une mesure de jugement bien rare il a plutôt diminué qu'exagéré les conséquences profitables du système des abornements généraux dont nous devons le féliciter de s'être fait le patron après l'avoir expérimenté avec succès. PAUL CAUWÈS.

Digitized by Google

Traité de la responsabilité, par M. Sourdat [1].
Commentaire de la loi du 26 julilet 1867, par M. Bédarride [2].
La mer et la navigation maritime, par M. Alfred Plocque [3].
Principes du droit public. (Introduction à l'Étude du droit constitutionnel), par M. Tissot [4].

Compte rendu par M. Gabriel Debacq,
docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Les événements, en arrêtant pendant plus d'une année la publication de la Revue, ne nous ont pas permis de rendre compte en leur temps d'un certain nombre de livres intéressants. Nous devons au plus vite acquitter notre dette. D'autre part, l'espace relativement restreint consacré dans chaque numéro à la partie bibliographique nous interdit les longs articles et les dissertations critiques; Nous nous bornons donc aujourd'hui à consacrer de très-courtes notices à quelques ouvrages importants, sur lesquels nous nous réservons de revenir plus tard, mais que nous ne voulons pas tarder plus longtemps à signaler à l'attention de nos lecteurs.

Parmi ces ouvrages nous citerons en première ligne le *traité* (2e édition) *de la responsabilité* de M. Sourdat, docteur en droit, conseiller à la Cour d'appel d'Amiens. L'éloge de ce livre n'est plus à faire. Hommes de droit et praticiens avaient, dès la première édition, apprécié à sa juste valeur le travail de M. Sourdat. Tous s'étaient accordés à le considérer comme le commentaire le plus sagace des articles 183 et suivants du Code civil et de leurs corollaires du droit pénal et des lois spéciales, comme le guide le plus sûr que magistrats, avocats ou avoués pussent consulter quand ils avaient à résoudre l'une de ces questions délicates que soulève l'application pratique du principe de la responsabilité civile.

Mis au courant de la jurisprudence et de la législation la plus récente (il vise la loi du 12 mai 1871 sur le droit de revendication du propriétaire d'objets pillés pendant la Commune,

[1] 2 vol. in-8°, Paris. Cosse, Marchal et Billard (1872).
[2] 2 vol. in-8°, Aix. Makaire (1870).
[3] 1 vol. in-8°, Paris. Durand et Pedone-Lauriel (1870).
[4] 1 vol. in-8° Marescq aîné (1872).

Digitized by Google

celle du 6 septembre suivant, relative aux indemnités à réclamer pour dommages causés par la dernière guerre), l'ouvrage de M. Sourdat est un traité complet de la matière, à une lacune près, que nous demandons à l'éminent auteur la permission de lui signaler. Il la comblera dans sa prochaine édition. Voici en quoi, d'après nous, consiste cette lacune. Nous n'avons, dans le traité de l'action en dommages intérêts en dehors des contrats rien trouvé qui ait trait à la responsabilité de l auteur d'un quasi-délit, à raison du préjudice occasionné par ce quasi-délit postérieurement à une décision judiciaire ou à une transaction entre l'auteur et la victime du fait dommageable. C'est là surtout, dira-t-on une question de fait, que les principes développés dans le livre permettront d'ailleurs de résoudre facilement. Sans doute, mais il n'en est pas moins vrai que cette question a été souvent agitée, qu'elle est d'une importance majeure, qu'elle a sa délicatesse. L'auteur d'un traité de la responsabilité doit s'en occuper, ne fût-ce que pour déclarer, si telle est son opinion, que les controverses sur ce point doivent être résolues d'après les principes généraux du droit en matière de chose jugée ou d'interprétation du contrat. Nous pensons, quant à nous, que ce serait traiter bien légèrement une difficulté juridique aussi considérable que de s'en tenir à une semblable thèse. La fréquence des procès survenus sur ce point spécial, la divergence des arrêts rendus, méritent d'attirer l'attention toute particulière des jurisconsultes consciencieux. Si la Cour de Paris considère comme une cause nouvelle d'action en dommages-intérêts, une aggravation survenue dans l'état de la victime du quasi-délit ou de l'accident toutes les fois que le règlement de l'indemnité n'a été basé que sur l'état du patient au moment où cette indemnité a été liquidée, d'autres corps judiciaires professent une doctrine diamétralement opposée. Les controverses sont vives.

Le recueil de Dalloz les a, en 1871 (2e partie, p. 241), résumées en une très-bonne dissertation due, si nous ne nous abusons, à la plume de l'un de ses plus intelligents rédacteurs, M. Giboulot. Cette dissertation fait fort bien ressortir l'intérêt du sujet auquel elle se réfère. Nous regrettons vivement que M. Sourdat ne se soit point spécialement arrêté à cette question. La supériorité avec laquelle il a résumé toutes les

Digitized by Google

graves discussions qui s'agitent autour du principe de responsabilité, la netteté des conclusions qu'il a formulées, nous est un sûr garant qu'il eût probablement donné à la difficulté que nous venons d'indiquer une solution définitive.

Cette observation faite, nous ne pouvons que terminer cette trop courte notice comme nous l'avons commencée, c'est-à-dire en rendant un plein et entier hommage aux qualités éminentes dont a fait preuve l'auteur du *Traité de la responsabilité*, et aux services que ce traité est appelé à rendre à tous ceux qui s'occupent de pratique judiciaire. Nous signalons particulièrement les chapitres qui traitent de la responsabilité des communes, de celle des compagnies de chemin de fer considérées comme entrepreneurs de transports ou de travaux publics (les arrêts rendus sur ce point délicat ont été analysés avec une grande sagacité, la doctrine qu'ils consacrent soigneusement mise en relief, les conséquences juridiques à en tirer nettement déduites), et la portion du livre relative à la responsabilité des directeurs, censeurs ou administrateurs des sociétés anonymes, des conseils de surveillance des sociétés en commandite.

Ce même sujet de la responsabilité des conseils d'administration ou de surveillance a été abordé par M. Bédarride dans son commentaire de la loi du 26 juillet 1867, sur les sociétés. Le nom de M. Bédarride est bien connu des jurisconsultes; il suffit à recommander au public les travaux auxquels il s'attache. Venu après les traités de MM. Vavasseur, Mathieu et Bourguignat, le travail de l'éminent avocat d'Aix n'en est pas moins une œuvre éminemment originale. Exposé des motifs, rapports, discussions au Corps législatif, commentaires, précédents et jurisprudence soigneusement analysés et réunis sous chaque article permettent au lecteur de se rendre compte du sens exact des dispositions diverses de la loi. Le livre de M. Bédarride est un manuel auquel peuvent aisément recourir tous ceux, auxquels il importe de bien comprendre cette législation sur les sociétés commerciales si souvent remaniée, et partant si mal connue; mais c'est en même temps une œuvre scientifique où le jurisconsulte n'a point entendu céder le pas à l'homme d'affaires. Si la critique n'était chose quelque peu déplacée sous notre plume

Digitized by Google

nous reprocherions à M. Bédarride de n'avoir pas, dans son livre, donné place suffisante aux difficultés que nous croyons devoir appeler difficultés de transition et qui font en ce moment l'objet de nombreux procès. Ainsi on discute en ce moment la validité des adhésions données depuis la loi nouvelle à des sociétés d'assurances qui, créées sans l'autorisation du gouvernement à une époque où cette autorisation était nécessaire, avaient dès alors commencé leurs opérations. Les assurés qui ont adhéré postérieurement à juillet 1867 peuvent-ils opposer la nullité primordiale de la société? Ne doit-on pas au contraire, par rapport à eux, considérer la société comme valable dès lors qu'au jour de l'adhésion l'autorisation ne constituait plus une obligation légale? Ces questions ont donné lieu devant le tribunal de la Seine à de très-vives discussions. Le tribunal s'est prononcé dans le sens de la validité. La Cour de Paris est saisie du litige. M. Bédarride voudra sans doute, dans un appendice, discuter ces questions, de tous points dignes de son examen. Le commentateur d'une loi nouvelle doit sans doute, avant toutes choses, chercher à fixer le sens exact, la portée précise des dispositions qu'il étudie. On ne peut lui demander de prévoir toutes les difficultés que pourra soulever l'esprit inventif des plaideurs et de leurs conseils ; mais il lui appartient, une fois le débat né, d'apporter à la justice et aux justiciables le tribut de ses lumières. Il ne doit pas, quand une controverse s'élève, laisser aux tribunaux seuls le soin de la résoudre, et aux arrêtistes la mission exclusive de discuter la décision rendue. Les études spéciales qu'il a faites lui permettent, lui font un devoir d'entrer dans la lice. Nous croyons donc que M. Bédarride rendrait à tous et à chacun un éminent service s'il voulait bien, à titre de complément, joindre à son remarquable traité un résumé des controverses auxquelles a donné lieu devant les tribunaux l'application de quelques-uns des articles de la loi nouvelle. Nul n'est mieux que lui en état d'entreprendre une pareille tâche.

Voici maintenant un livre publié il y a quelque temps déjà, et dont nous regrettons de n'avoir pu rendre plus tôt le compte qu'il mérite. C'est l'œuvre d'un jeune magistrat qui porte avec aisance un nom universellement respecté.

Digitized by Google

M. Plocque fils, docteur en droit, juge suppléant au tribunal de la Seine, a publié en 1870 un *Traité de la mer et de la navigation maritime* éminemment intéressant et qui fait honneur à son auteur. Nulle matière n'avait été jusqu'à ce jour plus négligée que celle abordée par M. Plocque. Si quelques-unes des questions dont s'est occupé celui-ci ont été, dans ces derniers temps, reprises et traitées dans les colonnes mêmes de la Revue par des publicistes du plus haut mérite, ce n'est que justice de constater qu'ils n'ont fait que suivre la voie que M. Plocque leur avait tracée. Avant la publication du *Traité de la mer*, les répertoires seuls, ou peu s'en faut, contenaient quelques renseignements sur la propriété des rades et des rivages de la mer, la pêche maritime, la condition légale des gens de mer. Nous ne voulons point, à propos du livre de M. Plocque, faire le procès de ces grandes publications d'une utilité incontestable, ni surtout signaler les inexactitudes assez nombreuses qu'il y aurait à relever dans la plupart d'entre elles. Nous nous bornons à constater que les répertoires, par la nature même du but qu'ils poursuivent, la diversité des besoins qu'ils veulent satisfaire, et le nombre presque infini des sujets qu'ils doivent traiter, se laissent souvent aller à sacrifier la qualité à la quantité. Il est donc fort intéressant qu'à côté de ces vastes encyclopédies prennent place dans les bibliothèques des monographies soigneusement faites, qui, comme celle dont nous parlons, parent à l'insuffisance des répertoires, les complètent, voire même en cas de nécessité, en signalent et corrigent les erreurs. Le livre de M. Plocque est destiné à combler une lacune dans les publications juridiques : c'est un travail important sur lequel nous nous réservons de revenir prochainement. Nous n'admettons point toutes les théories développées par M. Plocque, il ne nous en voudra pas si nous nous permettons d'engager avec lui quelques controverses, spécialement sur la question du rapatriement des gens de mer et le décret de 1860, dont il semble admettre sans difficulté la constitutionnalité, d'après nous essentiellement contestable.

Nous terminons en disant quelques mots d'un livre que nous recommandons tout particulièrement à l'attention de nos lecteurs. L'auteur, M. Tissot, doyen honoraire de la Faculté

Digitized by Google

des lettres de Dijon, occupe depuis longtemps déja une place considérable parmi les juristes philosophes. Son *Traité de droit pénal* étudié dans ses principes, dans les usages et les lois des peuples divers, est un travail de l'ordre le plus élevé. L'*introduction philosophique à l'étude du droit constitutionnel*, que vient de publier l'éditeur Marescq, est digne de prendre place à côté des œuvres précédentes de M. Tissot. Nous ne saurions en caractériser les tendances mieux que ne l'a fait l'auteur dans la préface. « C'est le dégagement de l'esprit de justice et de liberté qui doit inspirer l'organisation et l'exercice des pouvoirs publics chez un peuple pour lequel l'égalité proportionnelle, la seule naturelle, la seule vraie, la seule juste, est devenue le premier principe politique. » Cette idée développée par M. Tissot dès les premières pages de son étude, inspire l'ouvrage tout entier. On peut n'admettre point toutes les opinions de l'auteur, mais il faut rendre hommage à sa sévère, à son incomparable bonne foi, à son sincère désir, de concilier par la liberté le progrès de l'esprit public en même temps que l'ordre et la stabilité sociale. A une époque comme la nôtre, où chacun comprend la nécessité de reconstituer le pays, où ceux-là seuls prétendent rester dans le *statu quo* qui craignent de ne pouvoir, dans les conseils de la nation, faire triompher leur désirs ou leurs utopies, il est besoin de livres comme ceux de M. Tissot. Sans doute l'*introduction philosophique à l'étude du droit constitutionnel* ne convertira pas la masse de la nation aux saines idées de justice, et de morale, mais nous n'avons pas en France, en ce moment à faire seulement l'éducation des masses. Combien peu de gens dans les rangs des classes élevées, combien peu parmi ceux auxquels le pays a confié le soin de préparer, de voter la loi, connaissent et comprennent les principes généraux, les données philosophiques qui peuvent et doivent servir de base au droit constitutionnel d'une nation. Le livre de M. Tissot répond à un des principaux besoins du moment Nous sommes convaincu qu'il recevra du public l'accueil qu'il mérite, et que nos constituants présents ou futurs sauront s'inspirer de quelques-unes des idées si bien développées par l'ancien doyen de la Faculté des lettres de Dijon. Mais ils ne pourront arriver à un résultat qu'en se souvenant de cette vieille maxime, vraie dans tous les temps, et dont nous,

Digitized by Google

Français de 1872, pouvons malheureusement mieux que personne apprécier l'exactitude et la profondeur :

« Nisi Dominus ædificaverit domum, in vanum laboraverunt qui ædificant eam, » GABRIEL DEBACQ.

BIBLIOGRAPHIE JURIDIQUE ITALIENNE.

Par M. Ernest DUBOIS, professeur à la Faculté de droit de Nancy.

I.

A. Ouvrages non périodiques[1].

DROIT ROMAIN.

Fil. Serafini, Od. Ruggieri.

1. *Institutions de droit romain comparé au droit civil italien*, par Filippo Serafini, professeur ordinaire de Pandectes à l'Université de Bologne, directeur de l'*Archivio giuridico*, Florence, G. Pellas, 1870 (1re partie, 264 pages in-8°, prix : 4 fr.). —Les Italiens ont, dans les cours de leurs Universités et dans leurs livres, conservé au mot *Instituzione* le sens que les Romains attachaient à celui d'*Institutiones :* cet ouvrage est donc un traité élémentaire de droit romain, destiné à servir d'introduction à l'étude des Pandectes. Les principes y sont présentés d'une manière succincte et systématique ; le plan est celui que les Allemands adoptent habituellement. La première partie, seule publiée jusqu'à présent, renferme : 1° une *introduction*, en treize chapitres; 2° le livre Ier, *Théories générales;* 3° le livre II, *Droits réels.* Le livre Ier est divisé en cinq chapitres : 1er, des droits en général; 2e, des sujets, des droits ou des personnes ; 3e, des objets des droits ou théorie générale des choses ; 4e, acquisition et perte des droits (...actes juridiques, ...condition, terme, *modus*, ...invalidité des actes juridiques, ...*culpa*); 5e, exercice et protection des droits (...procédure, actions, ...restitution

[1] On peut se procurer, par l'intermédiaire de M. Cotillon, libraire à Paris, rue Soufflot, 24, les ouvrages italiens dont il est rendu compte dans la *Revue critique*.

Digitized by Google

in integrum). Le livre II se compose également de cinq chapitres : Possession, — Propriété, — Servitudes, — Emphytéose et Superficie, — Gage et hypothèque.

Cette première partie nous fait vivement désirer que M. Serafini puisse, malgré les nombreux travaux auxquels il se consacre, nous donner promptement la seconde. Son livre réunit à un haut degré les qualités que demande un ouvrage de ce genre : sûreté de doctrine, enchaînement logique des idées, art d'exprimer avec le moins de mots possible le plus de choses possible. Des notes brèves et substantielles contiennent des comparaisons avec le Code civil italien (*Diritto civ. patrio*) et des renvois aux travaux les plus récents de l'Allemagne.

2. *Traité des Pandectes* de L. Arndts, professeur à Vienne, traduit en italien sur la 7e édition allemande, par Fil. Serafini, professeur à Rome. Bologne, impr. Fava et Garagnani, 1872 (t. Ier, 1re partie, 216 pages in-8e, prix : 5 fr.; 3 fr. 75 pour les abonnés de l'*Archivio giuridico*).—En choisissant pour le traduire le *Lehrbuch der Pandekten* de M. Arndts, M. Serafini, qui dédie sa traduction à l'auteur comme à *son maître vénéré*, a entendu donner la préférence à celui des ouvrages allemands actuellement en vogue qui lui semble « le mieux approprié aux conditions juridiques et aux besoins de l'Italie ». C'est ainsi qu'il s'exprime dans sa *préface*, où signalant avec un juste orgueil le mérite du nouveau Code civil italien, et la rectitude quasi-traditionnelle du sens juridique en Italie, il reconnaît la pauvreté de la littérature juridique italienne au point de vue élevé et scientifique, tout en rendant hommage aux efforts de quelques hommes distingués et à la valeur de certains travaux particuliers très-recommandables. Ce qui manque, selon lui, à l'Italie et, ce que les circonstances y ont rendu et rendent encore présentement impossible, c'est une œuvre à la fois d'ensemble et d'un caractère scientifique sur le droit privé : c'est pourquoi il croit devoir l'emprunter à l'étranger.

Quant à l'original, sa valeur est bien connue du trop petit nombre de ceux qui chez nous sont au courant des ouvrages de l'Allemagne. On sait qu'il se compose de deux parties à peu près égales en étendue, le texte et les notes; le texte est divisé en une seule série de paragraphes, contenant un ex-

Digitized by Google

posé des principes remarquable par la précision et la sobriété; les notes sont de deux sortes, les unes (*Anmerkungen*, remarques, indiquées par des chiffres) renferment les renvois aux auteurs et les discussions des controverses; les autres (indiquées par des lettres) consistent en nombreuses citations de textes, soit du Digeste, soit des autres monuments du droit romain.

Le traducteur n'a rien négligé pour conserver à l'œuvre allemande son caractère; il a su la faire profiter de tout ce qu'elle pouvait gagner à passer dans le souple et lumineux idiome de l'Italie, sans qu'elle perdît rien des qualités propres aux œuvres germaniques. M. Arndts a concouru lui-même à la révision du travail de son traducteur et lui a fourni au besoin des éclaircissements.

La première partie du premier volume, actuellement parue, contient l'*introduction* et le livre Ier, *des droits en général*, ainsi divisé : chapitre Ier, idée et division des droits; chapitre II, personnes ou sujets des droits; chapitre III, objets du droit ou choses; chapitre IV, naissance et fin des droits (actes juridiques, condition, terme, ...effets à l'égard des tiers et représentation, donations entre-vifs, ...du temps, son influence et sa computation...); chapitre V, exercice et défense des droits (...actions, exceptions, ...prescription, ...preuves, sentence); chapitre VI, restitution *in integrum*.

M. Serafini joint, à l'occasion, des notes qui lui sont personnelles, par exemple, au § 26, la note 4 sur l'absence, d'après le Code civil italien. Qu'il me permette de regretter qu'il n'ait pas songé à marquer d'un signe particulier, par exemple, d'un *, ce qui lui appartient en propre.

La traduction entière comprendra trois volumes à 10 fr. chacun (7 fr. 50 pour les abonnés de l'*Archivio*). Au vœu qu'elle soit achevée le plus promptement possible, je ne puis m'empêcher d'en ajouter un autre, c'est que les traductions d'ouvrages allemands deviennent chez nous plus fréquentes; elles le sont en Italie beaucoup plus qu'en France, où il serait peut-être plus facile de trouver des traducteurs que des acheteurs et un éditeur.

3. *De la méthode des études juridiques en général et du droit romain en particulier;* leçon d'ouverture du cours de droit romain à l'Université de Rome, le 25 novembre 1871, par

Digitized by Google

M. Fil. Serafini, Rome, typ. Via, 1872, 20 pages in-8°. — La méthode pour laquelle se prononce M. Serafini est la méthode positive ou expérimentale, c'est-à-dire celle à laquelle les sciences physiques doivent leur vie et leur développement, et qui, appliquée à la science du droit, n'est autre que la méthode historique. Disciple de M. de Savigny, il reproduit un passage de la profession de foi du grand romaniste sur le rôle et l'importance de l'élément historique et traditionnel dans le droit. Il insiste sur l'utilité de toute étude historique du droit, et spécialement sur celle du droit romain, qu'il appelle, avec une haute raison, une utilité pratique par excellence (*sommamente pratica*) et fait justice du sourire de compassion de quelques-uns de ceux qui se vantent d'être praticiens pour ce qu'ils appellent les balayures historiques et les disputes d'érudits (*quisquiglie storiche e dispute da eruditi*). Il fait remarquer enfin qu'en Italie, comme en France, les plus beaux temps de la jurisprudence ont été ceux de la meilleure étude du droit romain. Ce sont là des vérités sur lesquelles il est toujours à propos d'insister des deux côtés des Alpes, trop de gens se faisant de l'utilité pratique une idée fausse et étroite, portés qu'ils sont à se confiner dans les lois actuelles et à perdre de vue les conditions auxquelles le jurisconsulte peut dominer les textes et développer son sens critique.

4. *De obligationibus* prælectiones ad Pandectas, professoris Odoardi Ruggieri, Roma, typ. Sinimberghi, 1872, 553 pages in-8°, en latin. — Pour répondre au vœu de ses auditeurs, M. Ruggieri a publié ses leçons sur les obligations, en suivant dans son livre « l'ordre et, autant que possible, les termes mêmes » de son enseignement oral. Sa méthode est une synthèse systématique entremêlée de fréquentes interprétations de textes, afin, dit-il, « de ne pas réformer les lois des ancêtres au lieu de les exposer. » Une raison semblable l'a déterminé à se servir de la langue latine, « de crainte que la différence de langage, amenant insensiblement des différences dans les idées, ne détourne de l'esprit des Romains. » — Les *Leçons* de M. Ruggieri se distinguent par la vigueur et l'originalité. Elles sont divisées en quarante-neuf paragraphes, répartis en six chapitres. — Chapitre Ier : Notions générales, §§ 1 et 2 : distinction des droits d'obligation et des

Digitized by Google

droits réels, des actions réelles et personnelles; du *nexum*. Il n'existe, selon lui, aucune relation nécessaire entre le *mutuum* et le *nexum*, tout créancier en vertu d'une cause quelconque pouvant faire *nexum* avec le débiteur : il propose la restitution suivante du fragment des Douze Tables, d'après Festus : *Nexo mancipio forti sanati idem jus esto*, avec le sens suivant : que le *nexum* et le *mancipium* soient légalement assimilés, comme le sont les *fortes* et les *sanates* [1].— Chapitre II : Des sources des obligations, §§ 3 à 21 : j'y remarque, entre autres, les développements relatifs aux conventions réprouvées *ratione objecti*, p. 106-146; à la condition, p. 146-207; au terme et aux *annuæ stipulationes*, p. 207-233.— Chapitre III : Divisions des obligations, §§ 22-26; l'auteur admet (§ 22) la solidarité comme terme général, comprenant les obligations corréales et d'autres qui ne sont pas corréales, telles que celles où le juge doit condamner *de integro*, et les obligations indivisibles. Parmi les corréales, il range celles des codélinquants, des cotuteurs, des cofidéjusseurs, des coexercitores navis, des copræponentes tabernæ, reconnaissant la loi comme une des sources de la corréalité, ce que je ne serais guère disposé à admettre avec lui. Le § 24, obligations indivisibles, occupe les pages 269-297. — Chapitre IV : Effets des obligations, §§ 27-33 : dans la théorie des fautes (§ 28), il maintient l'ancienne distinction des trois degrés, et rejette complétement la notion de ce que l'on a appelé la *culpa in concreto;* je citerai encore aux §§ 31 et 32 les pages 351-393, consacrées à la *mora*, aux fruits et aux intérêts.— Chapitre V : Des obligations qui en confirment d'autres, §§ 34-41 : fidéjussion, p. 397-431 ; distinction du conseil et du mandat, p. 441-450 : bref sur le sénatus-consulte Velléien, il le range parmi les *leges imperfectæ*, telle qu'était la loi Cincia, opinion que je suis fort éloigné de partager.— Chapitre VI : Extinction des obligations, §§ 42-49, où je signalerai notamment les développements sur le changement de valeur extrinsèque ou intrinsèque de l'argent (p. 470-477), sur la compensation (p. 491-507) et sur la novation (p. 507-523).

[1] Cp. Ch. Giraud, *des Nexi, ou de la condition des débiteurs chez les Romains*, Mémoires de l'Académie des sciences morales, t. V, 1847, p. 459; et *Juris romani antiqui monumenta*, 1872, p. 9 (leg. XII Tab., tab. I, n° 5).

Digitized by Google

DROIT CIVIL ITALIEN.

Buniva, Fulci, Fulcio, Levi, de Paola, Perotta, Rondolino, Silva [1].

5. *Du droit des personnes* selon le Code civil du royaume d'Italie. Traité du commandeur Gius. Buniva, professeur de Code civil et président de la Faculté de droit de Turin,... membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse et de la Société de législation comparée de Paris,... t. Ier, Turin, typ. Arnaldi et libr. Reycend, XVI-360 pages in-8°, prix : 6 fr. 50. — Le nom de l'auteur est connu en Italie comme celui d'un des civilistes les plus autorisés. Outre les autres ouvrages, que nous retrouverons tout à l'heure, il a publié, concernant également le droit des personnes, des *Études sur le livre Ier du projet de Code civil*, présenté au Sénat par M. Miglietti, Turin, 1862, 176 pages in-8°, prix : 2 fr. 50. — Le tome Ier de son Traité comprend l'explication des cinq premiers titres du livre Ier du Code civil italien, droit de cité et jouissance des droits civils, domicile, absence, parenté et alliance, mariage. On y trouve un exposé sobre et lumineux des principes que l'auteur présente en suivant la méthode synthétique, et en faisant une grande part aux travaux préparatoires du nouveau Code civil italien; il juge les innovations apportées par ce Code avec un esprit large et indépendant, également éloigné d'un attachement exagéré aux anciennes institutions et d'un engagement irréfléchi pour les nouveautés; il compare incessamment le droit italien au droit français et cite nos auteurs presque à chaque page. Je ne puis mieux donner une idée de la manière dont il traite son sujet qu'en prenant pour exemple les développements qu'il consacre à l'autorisation maritale, p. 249-294. Il s'était déjà déclaré partisan du maintien de cette institution dans ses *Études* sur le projet Miglietti, lequel en proposait la suppression; il résume ou reproduit les opinions de MM. Pisanelli (pour l'abolition) et Vigliani (pour le maintien). ainsi que les autres travaux préparatoires, et ajoute de nouvelles considérations

[1] Sous chacune des grandes divisions du droit, j'indique, d'abord, dans l'ordre alphabétique de leurs noms, les auteurs dont les ouvrages font l'objet de comptes rendus ; ceux-ci sont placés, dans l'ordre des Codes, lorsqu'il en existe, et dans l'ordre alphabétique des matières elles-mêmes pour celles qui ne sont pas codifiées.

Digitized by Google

sur la justice et la nécessité de l'autorisation. Passant à l'étude des actes pour lesquels elle est ou non requise, il regrette qu'elle ne le soit plus pour l'acceptation des donations, et il se prononce très-vivement contre la faculté que l'article 134, alinéa 2, du Code italien, fort différent de l'article 223 du Code français, accorde au mari de donner une autorisation générale, valable même pour les actes d'aliénation. Il juge cette innovation imprudente au plus haut degré, contraire au devoir de vigilance imposé au mari, contradictoire même avec le principe de l'autorisation; il reproche au législateur italien d'avoir détruit, par une de ses dispositions, ce que, dans une autre, il venait de déclarer nécessaire, et d'avoir ainsi créé un système hybride et oscillant. Approuvant la sage disposition de l'article 136, qui exige l'autorisation du tribunal « quand il s'agit d'un cas dans lequel il y a opposition d'intérêt » entre le mari et la femme, il n'entend pas seulement cette opposition d'intérêt d'une opposition *actuelle dans l'acte même*, mais encore d'une opposition *éventuelle* qui résulte de l'acte comme une conséquence naturelle et inévitable, ainsi que cela a lieu, par exemple, lorsque la femme cautionne le mari. Il croit, au contraire, que la femme n'a besoin d'aucune autorisation pour contracter avec le mari lui-même, si l'acte n'est pas un de ceux pour lesquels l'article 134 exige l'autorisation. Reproduisant les articles 799-804 du Code de procédure italien, sur l'autorisation de justice, il finit en traitant des effets tant de l'autorisation que du défaut d'autorisation.

6. *De la jouissance des droits civils et du droit de cité;* thèse de doctorat (*dissertazione di laurea in leggi*), par Ferd. Rondolino, déclarée digne d'être imprimée par la commission d'examen de l'Université de Turin, typ. Speirani, 1870, 69 pages in-8°. — Les usages italiens et les usages français, relatifs aux thèses, diffèrent à plusieurs égards. On n'en prodigue pas l'impression en Italie, comme on le fait en France où l'obligation de faire imprimer, préalablement à l'examen, les thèses, même de licence, peut bien être considérée comme une charge, quelquefois assez lourde pour le candidat et dont, si je ne me trompe, la science ne retire guère de profit. En Italie, où il n'y a ni thèse ni grade même de licence, ce que nous n'avons, selon moi, nullement à envier,

Digitized by Google

il ne saurait être question que des thèses de doctorat; on ne les imprime pas toutes; l'impression est un honneur dont la dissertation doit être jugée digne par la Faculté. En fait, la plupart des docteurs sont reçus sans que leurs dissertations soient honorées de la déclaration spéciale (*degna di stampa*), bien qu'elles soient d'ailleurs jugées suffisantes pour qu'ils obtiennent le grade : sous ce dernier rapport, on est en général beaucoup plus facile qu'en France, et il semble, à vrai dire, impossible qu'il n'en soit pas ainsi, lorsque l'on n'a pas le grade de licencié à concéder au plus grand nombre de manière à pouvoir maintenir celui de docteur à un niveau élevé. Une autre différence m'a frappé : les thèses italiennes ainsi imprimées, et qui forment ainsi une élite, ont des dimensions généralement beaucoup moindres que nos thèses de doctorat; souvent leur volume ne dépasse pas celui de nos thèses de licence : ceci dit, bien entendu, sans préjuger en rien le mérite respectif des dissertations, lequel ne saurait évidemment s'apprécier au volume. Je dois enfin constater une troisième différence, où l'avantage n'est pas de notre côté : bien que plus brèves que les nôtres, les thèses italiennes s'occupent, en général, beaucoup plus que les thèses françaises, des législations étrangères. Dans celle de M. Rondolino notamment, outre les développements historiques qui, je suis heureux de le constater, tiennent souvent dans nos thèses une place fort honorable, les législations française, suisse, autrichienne, allemande, sont rapprochées de celles de l'Italie, et l'on trouve fréquemment des citations d'auteurs étrangers, surtout d'auteurs français.

7. *Nouvelle interprétation de l'article* 67 *du Code civil italien*, et sa défense contre le professeur Fulci, de Messine, par le chanoine vicaire g^al^ d^r^ Antoine Silva; extrait de l'*Archivio giuridico*, avec quelques variantes et additions, Plaisance, typ. Marchesotti, 1872, 36 pages in-8°. — L'article 67 du Code civil italien avait fait jusqu'à présent le désespoir des interprètes, dont la conclusion commune était que la disposition des deux premiers alinéas de cet article, telle qu'elle était formulée, n'était autre chose qu'une énigme, et qu'il y avait là une erreur de rédaction, dont il leur était d'ailleurs impossible d'indiquer la source. Voici le texte de ces deux alinéas : « Le fils majeur peut recourir à la Cour

Digitized by Google

d'appel contre le refus de consentement soit des ascendants, soit du conseil de famille ou de tutelle. — Ce recours peut être exercé dans l'intérêt de la fille et du fils mineurs, soit par les parents ou alliés, soit par le ministère public. » Mais d'après les articles précédents (63-66), le fils majeur n'a besoin, pour se marier, ni du consentement d'ascendants autres que les père et mère, ni du consentement d'un conseil de famille ou de tutelle; les mineurs seuls y sont assujettis. Comment dès lors comprendre que le fils majeur recoure à la justice contre un refus de consentement qu'il n'a pas à demander? — Quelques-uns ont proposé de transporter au second alinéa les mots *consentement des ascendants ou du conseil*,... et de ne parler, dans le premier alinéa, que du consentement *des père et mère*. M. Silva propose une interprétation ingénieuse, qui a le mérite de ne rien changer au texte et de lui trouver pourtant un sens très-raisonnable: le refus de consentement contre lequel le fils majeur peut recourir à la justice n'est pas seulement celui qu'il souffre de ses parents à lui, mais encore celui qu'opposent à sa future épouse encore mineure les ascendants ou conseils dont celle-ci, en raison de sa minorité, doit obtenir le consentement. Cette interprétation me semble acceptable, surtout d'après la conjecture plausible et, selon moi, d'une grande importance, émise par M. Silva sur l'origine de la rédaction de l'article dont l'auteur ne serait autre que l'ancien ministre Cassinis.

Si l'on compare au Code français l'article 67, ainsi entendu, du Code italien, on y verra deux innovations, dont l'une, clairement formulé, consiste à permettre le recours à la justice (statuant à huis clos, sans intervention de défenseurs et sans motifs) contre le refus de consentement au mariage, opposé à celui qui exerce le recours, et dont l'autre, obscurément exprimée, consiste à autoriser le futur époux majeur à recourir contre le refus opposé à la future épouse mineure. Toutes deux sont remarquables : la question se pose naturellement de savoir s'il n'y aurait pas lieu de les introduire dans la loi française, et dans quelle limite il conviendrait de le faire; mais je ne puis m'arrêter davantage ici sur ce sujet.

8. *Les Actes de l'état civil*, par l'avocat Raim. Perotta, de

Digitized by Google

Parme, procureur du roi près le tribunal de Pesaro, Parme, typ. Ferrari, 1868, 711 pages in-8°, prix : 10 fr. — Le but que se propose l'auteur est de servir de guide aux officiers de l'état civil et aux juges de paix (*pretori*, chargés de la vérification quadrimestrielle des registres), placés les uns et les autres sous l'autorité des procureurs du roi. Très-propre à remplir ce but, car il renferme un grand nombre de modèles d'actes, et reproduit souvent en entier ou en partie le texte de décrets et circulaires ministériels, l'ouvrage de M. Perotta contient en outre une exposition fort nette de tous les principes de la matière, accompagnée au besoin de notions historiques, et forme un commentaire théorique et pratique complet. Le jurisconsulte peut en louer la sûreté de doctrine, en même temps que le praticien y trouve en abondance les matériaux dont il a besoin. Une division commode en 374 numéros, avec sommaires et une table de 17 pages, facilite les recherches et permet d'embrasser d'un coup d'œil la disposition de l'ouvrage.

9. *Des biens et de la propriété*, selon le Code civil italien, par le commandeur Gius. Buniva, Turin, 1869, Arnaldi et Reycend, 193 pages in-8°, prix : 3 fr. 50. — Nous retrouvons ici l'éminent professeur de Turin avec la méthode et toutes les qualités dont nous avons essayé de donner une idée, à propos de son traité sur le droit des personnes. Dans un *Appendice sur la question de la propriété du lit des fleuves*, l'auteur reproduit, à la suite de son commentaire, trois extraits des rapports de MM. Pisanelli, Deforesta et Vacca, ainsi que trois extraits des procès-verbaux de la commission *coordinatrice*.

10. *Des successions légitimes et testamentaires*, selon le Code civil italien, par le même, Turin, Arnaldi et Reycend, in-8° de VII-318 pages. 1re édit., 1867 ; 2e édit., 1870, prix : 5 fr.— Je ne saurais mieux faire que de reproduire le jugement porté sur la première édition de ce Traité par mon savant confrère de Toulouse : « Cet ouvrage, dit M. Th. Huc, *le Code civil italien* (2e édit., Paris, Cotillon, 1868), § 1er, p. 9, est sans contredit l'un des plus remarquables qu'ait produits la littérature juridique italienne, et il mérite d'être connu en France, où sont encore agitées tous les jours à la tribune et dans la presse plusieurs des graves questions traitées par le savant

Digitized by Google

professeur avec sa hauteur de vues et son érudition ordinaires. » Je souscris des deux mains à ce jugement, et j'ajoute que la seconde édition n'est pas une pure réimpression, mais que l'auteur y a tenu compte des ouvrages publiés et des arrêts rendus postérieurement à sa première édition. Dans le Code italien, les successions légitimes et testamentaires réunies forment le titre II du livre III, et les donations le titre suivant. Le titre des successions est divisé en trois chapitres, contenant : le premier, les règles propres aux successions légitimes; le second, celles qui sont propres aux successions testamentaires; le troisième, celles qui sont communes aux deux succesisons (ouverture, acceptation, partage, rapport, payement des dettes, rescision). Les deux premiers chapitres sont seuls traités dans l'ouvrage actuel de M. Buniva, qui se réserve de consacrer au troisième une publication spéciale.

11. *Des successions légitimes et testamentaires* selon le Code civil italien; *Études*, par le professeur chevalier Ant. Fulci (professeur de Code civil à l'Université de Messine, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse, Messine, typ. d'Amico, 1868, 338 pages in-8°, prix : 5 fr.).— Il est intéressant et profitable de comparer avec le précédent cet ouvrage, écrit presque à l'extrémité opposée du royaume d'Italie, avec des vues naturellement très-différentes sur plusieurs points : la méthode adoptée par M. Fulci est celle du commentaire exégétique des articles, reproduits d'abord et suivis des explications dans l'ordre du Code; plusieurs articles sont parfois groupés. Le commentaire est bref, précis et substantiel. L'auteur embrasse le titre entier des successions, articles 720-1047.

12. *De l'indignité et des droits des descendants de l'indigne*, par Ign. de Paola, conseiller président de la Cour d'assises, Catane, typ. Coco, 1872, 61 pages in-8° (extrait du *Circolo giuridico* de Palerme). — Dissertation sur l'interprétation de l'article 890 du Code civil italien, portant que « les descendants de l'héritier (testamentaire) ou du légataire prédécédé ou *incapable* participent à l'hérédité ou au legs, dans les cas où la représentation serait admise à leur profit, s'il s'agissait de succession *ab intestat.* » Par *incapable* faut-il entendre l'*indigne?* C'est ce qu'avait soutenu M. Fulci, et ce que con-

Digitized by Google

teste M. de Paola, dans une dissertation fort intéressante et instructive.

13. *De la séparation du patrimoine du défunt de celui de l'héritier* et spécialement des rapports qui en résultent entre les créanciers du défunt et ceux de l'héritier; thèse de doctorat de G. E. Levi, imprimée sur le vœu unanime de la Faculté de Pise, 123 pages in-8°. — Le jeune docteur fait une exposition succincte et générale de la séparation des patrimoines, touchant brièvement les principales questions de cette difficile matière, et s'attache spécialement aux rapports qui en résultent entre les créanciers du défunt et ceux de l'héritier, partie du sujet, dit-il, moins approfondie que les autres et cependant d'une importance théorique et pratique incontestables. Sa conclusion, formulée en deux pages, peut se résumer ainsi : Réglée d'abord, mais d'une manière insuffisante, par le droit romain, la séparation des patrimoines changea complétement de caractère sous l'empire du droit coutumier français, dont le Code Napoléon reproduisit les erreurs dans quelques articles mal ordonnés; le Code civil italien a mieux réglé cette matière; on peut toutefois regretter encore que, dans le titre spécial qu'il lui a consacrée (livre III, titre XXIV, art. 2054-2065), il n'ait pas apporté plusieurs modifications utiles et ait négligé de s'occuper d'un grand nombre de questions controversées.

14. *La loi pour qui a peu de temps.* Essais de traités populaires sur le Code civil par l'avocat Franc. Fulvio; 1er essai : *Commodat et mutuum;* Naples, typ. Morano, 1872, 64 pages petit in-8° de poche, prix : 40 centimes. — Sous forme de dialogues ingénieusement arrangés, l'auteur de cette publication populaire présente d'une manière vive et saisissante des notions sommaires sur les deux contrats de prêt et un aperçu de nombreuses questions, d'application quotidienne, que pourtant ne prévoient guère la plupart des emprunteurs. Les plus sages conseils sont donnés aux deux interlocuteurs, le prêteur et l'emprunteur, par un troisième personnage, que l'auteur désigne sous le nom de *Nomico* (mot tiré du grec, νομικὸς, jurisconsulte). De pareilles écrits, faits avec une exactitude juridique qui en est évidemment la première condition, et mis par la modicité de leur prix à la portée des plus petites bourses, peuvent rendre les services les plus im-

Digitized by Google

portants et de ceux dont a le plus besoin en ce moment la société. Aussi n'ai-je pas cru hors de propos d'appeler l'attention sur une publication comme celle de M. Fulvio qui, sous son apparence modeste, est éminemment propre à répandre dans les masses de saines notions, tant de droit que d'économie privée et même publique ou sociale. On sait que, sur l'initiative de M. Girette, maire du 4e arrondissement de Paris, l'Académie des sciences morales et politiques vient de mettre au concours, en proposant un prix exceptionnel de 5,500 francs, le sujet suivant : « Exposer avec la clarté nécessaire pour être facilement compris par tous les règles fondamentales du droit français; montrer les rapports de ce droit avec les principes de la morale et avec l'utilité générale... » (*Journal officiel* du 4 juin 1872, p. 3731.) Des préoccupations de même nature ont engagé, en Italie, le ministre de l'instruction publique et M. Bern. Cassini, avocat, directeur du *Giornale delle leggi* de Gênes, à instituer un prix de 1,500 francs pour l'auteur du meilleur traité élémentaire de droit civil italien, à présenter dans le délai d'un an depuis le jour de la publication du concours au *Giornale delle leggi*, laquelle a eu lieu le 14 mars 1872.

ERNEST DUBOIS.

Nota. — Les études de bibliographie juridique italienne seront continuées par l'examen des publications les plus importantes sur le *Droit criminel*, le *Droit constitutionnel*, l'*Organisation judiciaire* et l'*Histoire du droit*.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

1304 — Paris.— Imprimerie CUSSET et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

POUR LA FIXATION DE LA DURÉE DE LA CONTRAINTE PAR CORPS, Y A-T-IL LIEU DE COMPRENDRE DANS LE CHIFFRE DES AMENDES LES DÉCIMES DE GUERRE QUI VIENNENT S'Y AJOUTER DE DROIT ?

Par M. E. Naquet,
Professeur agrégé à la Faculté de droit d'Aix.

La durée de la contrainte par corps est réglée ainsi qu'il suit par la loi du 22 juillet 1867 (art. 9) :

« De deux jours à vingt jours, lorsque l'amende et les autres condamnations n'excèdent pas 50 francs; de vingt jours à quarante jours lorsqu'elles sont supérieures à 50 francs et qu'elles n'excèdent pas 100 francs; de quarante jours à soixante jours, lorsqu'elles sont supérieures à 100 francs et qu'elles n'excèdent pas 200 francs; de deux mois à quatre mois, lorsqu'elles sont supérieures à 200 francs et qu'elles n'excèdent pas 500 francs; de quatre mois à huit mois, lorsqu'elles sont supérieures à 500 francs et qu'elles n'excèdent pas 2,000 francs; d'un an à deux ans, lorsqu'elles s'élèvent à plus de 2,000 francs. »

D'autre part, la loi de prairial an VII porte : — « Loi qui ordonne la perception d'une subvention extraordinaire de guerre.

« Art. 1er. A partir du jour de la publication de la présente loi, il sera perçu au profit de la République, à titre de subvention extraordinaire de guerre, pour l'an VII, un décime par franc en sus des droits,..... amendes et condamnations pécuniaires.....

« Art. 2. La subvention établie par la présente loi sera perçue en même temps que le principal, et par les mêmes préposés; il en sera compté par un article séparé. »

Et la loi du 14 juillet 1855, article 5, ajoute : « Le principal des impôts et des produits de toute nature soumis au décime par les lois en vigueur sera augmenté d'un nouveau décime. »

Il s'agit de savoir si les deux décimes imposés sur l'amende doivent être considérés comme s'y ajoutant, en sorte que son quantum s'élève du montant des décimes. Soit un jugement qui prononce une condamnation à 100 francs d'amende, faut-il augmenter cette somme d'un cinquième pour les deux

Digitized by Google

décimes et dire que la condamnation est portée à 120 francs, ou bien doit-on écarter toute assimilation entre l'amende et les décimes et dire que la condamnation ne dépasse pas 100 francs? Si l'on résout la question dans le premier sens la durée de la contrainte par corps devra être nécessairement de quarante à soixante jours. Elle sera de vingt à quarante jours si l'on adopte la seconde interprétation. On peut présenter une foule d'hypothèses analogues en combinant les nombreuses dispositions de l'article 9 de la loi de 1867.

La question présente un intérêt réel à cause de la divergence qui existe entre la Cour de cassation et certaines Cours d'appel, et aussi à cause de son opposition fréquente devant les tribunaux. Nous avons eu personnellement à la discuter devant la Cour de Lyon, comme ministère public, et c'est le résultat de nos observations à cette époque et de nos réflexions postérieures que nous prenons la liberté de publier.

La difficulté est née sur les poursuites de l'administration des douanes, et jusqu'ici presque tous les documents de jurisprudence se rapportent à des matières de douane. Il est curieux de remarquer qu'elle était inconnue avant la loi de 1867, bien que la loi du 17 avril 1832 fixât la durée de la contrainte par corps d'après le chiffre de l'amende et offrît, en germe, les mêmes raisons de douter que la loi de 1867. Les arrêts intervenus soit dans un sens, soit dans l'autre sont assez nombreux. La Cour de Besançon fut appelée la première à statuer, elle décida, le 6 novembre 1867, que le décime s'ajoutait à l'amende. Le 27 août 1868 (Dall., 69, 1, 161), la Cour de cassation adopte la même doctrine, infirmant quatre arrêts de la Cour de Metz; solution analogue donnée par la Cour de Nancy le 6 novembre 1868 (Dalloz, 69, 2, 80) et par la Cour de Metz, qui répudie sa première jurisprudence (Dalloz, 69, 2, 79). Enfin arrêts de la Cour de cassation, l'un du 28 juillet 1871 (*Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, année 1871, p. 169), et l'autre du 16 novembre 1871 (*loc. cit.*, p. 256) [1].

[1] Quand nous avons écrit cet article nous ne connaissions pas un arrêt de cassation rendu toutes chambres réunies et adoptant la jurisprudence de la chambre criminelle, mais cet arrêt ne contient aucun motif nouveau et ne peut par conséquent modifier notre doctrine. (Voy. cassation, 16 janvier 1872; Sir., 72, 1, 13.)

Digitized by Google

On peut indiquer en sens inverse : quatre arrêts de la Cour de Metz du 29 avril 1868 (Dalloz, 68, 2, 89). Un arrêt de la Cour de Douai du 17 juin 1868; un arrêt de la Cour de Riom du 2 mars 1869; quatre arrêts de la Cour de Lyon des 14 mars 1870, 13 juillet 1870, 30 janvier 1871 et 9 septembre 1871.

Tel est l'état de la jurisprudence. Quant à la doctrine, elle est loin de présenter les mêmes hésitations. Tous les auteurs qui ont écrit depuis la loi de 1867 s'accordent à décider que le décime ne doit pas être ajouté à l'amende pour régler la durée de la contrainte par corps. (V. Morin, *Journal de droit criminel*, 1868, art. 8667; Dutruc, *Journal du ministère public*, 1868, art. 110, et 1869, art. 1175; Giboulot, *Commentaire de la loi sur la presse du 11 mai 1868*, n° 344. Les notes insérées dans le *Recueil de jurisprudence* de Dalloz (1869, 1, 161 et 1868, 2, 89); et celles du *Journal du palais*, signées Am. Boullanger, 1869, p. 1256.)

La doctrine de la Cour de cassation se trouve développée avec soin dans l'arrêt du 27 août 1868 et dans le rapport de M. le conseiller Salneuve (Dalloz, 69, 1, 161). Je cite d'abord les motifs de l'arrêt :

« La Cour;... — Attendu que la loi du 6 prairial an VII, en ordonnant la perception, à titre de subvention de guerre, d'un décime par franc, en sus des impôts qu'elle énumère et en sus des amendes et condamnations judiciaires, veut que ce décime soit perçu en même temps que le principal, par les mêmes préposés, et, par conséquent, en la même forme, ainsi que le décident les deux autres lois du même jour, établissant une subvention de guerre en sus de la contribution foncière et de la contribution mobilière; — Que ce décime ainsi perçu par les diverses administrations chargées de recouvrer le principal est donc une élévation, une véritable augmentation des impôts; — Que l'article 5 de la loi du 14 juillet 1855 ne laisse pas de doutes à cet égard, puisqu'il dispose en termes exprès que « le principal des impôts et des produits de toute nature soumis au décime par les lois en vigueur (ce qui comprend nécessairement les amendes) sera augmenté d'un nouveau décime »; qu'il est donc incontestable que le décime et le nouveau décime sont une augmentation des amendes, qu'ils en font partie et qu'ils en prennent la nature;... — Attendu que aux termes de la loi

Digitized by Google

du 22 juillet 1867 les amendes sont recouvrées par la contrainte par corps;... — Attendu que le décime et double décime, suppléments de l'amende, s'ils sont perçus à titre de subvention de guerre, n'en sont pas moins une partie intégrante de l'amende; qu'on peut dès lors les considérer comme entrant dans cette expression « amendes », dont se sert la loi de 1867; d'où il suit qu'il doit en être tenu compte pour fixer la durée de la contrainte par corps... »

Ainsi la Cour de cassation se base sur deux arguments:

1° Le décime, étant perçu en même temps que l'amende et par les mêmes préposés, est un accessoire, une élévation de l'amende.

2° La loi de 1855, article 5, ne laisse aucun doute à cet égard, puisqu'elle emploie textuellement le mot *augmenté*. « Le principal sera *augmenté* d'un nouveau décime. »

M. Salneuve développe, dans son rapport, les mêmes idées. L'honorable magistrat pose en principe que la perception du décime est inséparable de celle de l'amende et il en déduit les conséquences suivantes : 1° Le décime emprunte la nature du principal dont il est l'accessoire [1]. 2° le titre pour percevoir le décime est le même que celui pour percevoir l'amende, c'est un jugement ou un arrêt. 3° Le décime se prescrit en même temps que l'amende. 4° Il se recouvre en la même forme. Voyons quelle est la valeur de cette argumentation.

Un premier point à constater, c'est que les lois de l'an VII et de 1855 ont eu pour but, non pas d'aggraver la pénalité, mais de créer des impôts. Ces lois ont été édictées pour subvenir aux frais de la guerre contre l'Autriche en l'an VII et aux frais de la guerre contre la Russie en 1855. La loi de l'an VII porte : « Loi qui ordonne une subvention extraordinaire de guerre. » Elles sont toutes deux temporaires et variables comme les lois de finances, et visées chaque année par la loi qui règle le budget, sous la rubrique « impôts autorisés ». La Cour de cassation le reconnaît en termes explicites. « Attendu, dit-elle, que ce décime ainsi perçu par les diverses administrations chargées de recouvrer le principal est donc une élévation, une véritable augmentation d'impôts. » De là à conclure

[1] Je ne veux pas contredire sur des points insignifiants, mais on conviendra qu'il n'y a pas là une conséquence du principe posé. Il y a deux faits isolés n'ayant entre eux aucune relation de cause à effet.

Digitized by Google

que le décime doit être traité comme un impôt et rester distinct de l'amende, il semble n'y avoir qu'un pas; en effet, à moins d'un miracle juridique, les droits conservent leur caractère propre et ne se transforment pas à vue d'œil. Cependant c'est la conclusion inverse que donne la Cour de cassation. D'après elle, le décime, étant l'accessoire de l'amende, devient, par cela même, une partie de l'amende. On le voit, la controverse ne porte pas sur la nature primitive du décime, mais sur sa transformation. C'est sur ce terrain qu'il faut engager le débat. Je veux d'abord préciser en quoi, de quelle manière, le décime est un accessoire de l'amende. On peut dire qu'il en est l'accessoire à deux points de vue différents : 1° comme tous les impôts sont l'accessoire de l'objet ou du droit qui leur sert d'assiette, en sorte que si l'objet ou le droit venait à disparaître, l'impôt suivrait le même sort et ne serait plus dû; 2° à ce point de vue que la perception du décime est faite par les mêmes préposés, en même temps, dans la même forme, en vertu du même titre, qu'elle obéit aux mêmes règles de prescription que la perception de l'amende. Je dis d'abord que le caractère accessoire du décime envisagé d'après le premier point de vue ne peut justifier en aucune façon son assimilation avec l'amende. Un mot suffira pour le prouver : tous les impôts sont des accessoires au même titre, et cependant aucun d'eux ne perd sa nature intrinsèque pour prendre celle de sa base. Ainsi l'impôt immobilier ne devient pas l'immeuble sur lequel il porte, l'impôt sur les droits d'hypothèque ne devient pas hypothèque, etc... Je dis, en outre, que le caractère accessoire du décime, envisagé d'après le second point de vue, n'explique pas non plus l'assimilation. Il ne faut pas attacher trop d'importance à la formule « l'accessoire suit le principal [1] ». On donne souvent aux formules une puissance qu'elles n'ont pas; la vérité est qu'elles sont le résultat d'une généralisation et n'ont qu'une valeur mnémotechnique. Je puis très-bien, après avoir constaté que le décime se prescrit

[1] Cette formule ne peut être érigée en principe, car elle n'est écrite nulle part dans le Code; c'est à peine si l'on en trouve l'application législative à propos des choses corporelles qui s'unissent, se soudent les unes aux autres, et encore les règles contenues au titre de l'Accession sont toutes dominées par l'article 565 qui ordonne aux juges de consulter, avant tout, la seule équité.

Digitized by Google

en même temps que l'amende, qu'il est perçu par les mêmes préposés, à des échéances identiques, dire qu'il suit, à ces points de vue, le sort du principal. Mais là s'arrête mon droit, et il m'est interdit de me servir de la formule que j'ai créée pour faire accepter des conséquences imprévues, pour prétendre à une modification du droit. Je n'ai pas à développer longuement cet ordre d'idée, mais qu'il me soit permis d'ajouter que les droits les plus essentiellement accessoires ne perdent pas leur nature pour prendre celle du principal. L'hypothèque, par exemple, cesse-t-elle d'être immeuble lorsqu'elle garantit une créance mobilière? De même, le gage cesse-t-il d'être meuble lorsqu'il garantit une créance immobiliére? Personne aujourd'hui ne le soutiendrait avec chance de succès, et cependant l'hypothèque et le gage sont des droits accessoires au premier chef. Il convient donc, lorsque deux droits se rattachent l'un à l'autre, non pas de les identifier en tous points, sous le prétexte qu'il existe une formule « *accessorium sequitur principale* », mais de rechercher s'il y a des motifs, indépendants de toute formule, pour les traiter suivant les mêmes principes ou suivant des principes opposés.

Quels sont les motifs qui peuvent être invoqués pour prouver la transformation de la nature du décime? Si je saisis bien l'idée de la Cour de cassation, elle se base sur l'assimilation partielle faite par la loi, entre le décime et l'amende. De cette assimilation partielle, qui donne au décime un caractère accessoire, elle conclut à une assimilation totale [1]. Je ne saurais accepter l'argument, et je vais démontrer qu'il porte à faux, en examinant un à un les divers points à l'égard desquels la loi a soumis le décime aux mêmes règles que l'amende. Si je prouve que l'extension de certaines règles de l'amende au décime s'expliquent naturellement, sans qu'il soit besoin de supposer chez le législateur la volonté de faire une assimilation complète, j'aurai par cela même réfuté l'argment. L'assimilation complète ne pourra plus alors se justifier que par la relation d'acces-

[1] Cette idée de la Cour apparaît clairement si l'on consulte le rapport de M. Salneuve. On y lit, en effet: « Cette subvention de guerre est-elle un accessoire du droit principal auquel elle s'incorpore tellement qu'elle en prenne la nature? »

Digitized by Google

soire à principal, et j'ai déjà montré que cette relation était indifférente pour l'examen de notre question.

A. Les mêmes préposés sont chargés du recouvrement du décime et de l'amende... Est-ce-à-dire qu'en édictant cette règle unique le législateur a entendu confondre le décime avec l'amende? Est-ce à dire que la règle découle d'un principe supérieur et dirigeant, à savoir l'identité de nature entre l'amende et le décime? Nullement. C'est dans un modeste but de simplification que les mêmes préposés ont été chargés de ce double recouvrement. Est-ce qu'il n'arrive pas souvent qu'on donne mission à un homme d'affaires de retirer plusieurs créances n'ayant aucun point de contact ou de similitude entre elles? Est-ce que dans ce cas, et par la seule vertu du mandat, ces créances acquièrent une seule et même nature? Eh bien! les fonctionnaires chargés du recouvrement des impôts sont dans la même situation, ils jouent vis-à-vis de l'État le rôle d'un homme d'affaires vis-à-vis d'un particulier. Ce qu'a fait le législateur de l'an VII découlait virtuellement de la nature des choses. Quel motif y avait-il de transporter à une administration nouvelle le droit de réclamer le décime? L'administration chargée de réclamer les amendes était plus apte que tout autre au recouvrement du décime; elle connaissait exactement le montant de l'amende et pouvait ainsi fixer de suite le quantum du décime. Tout ce qu'on pouvait vouloir, c'était de ne pas confondre les produits résultant de la perception du décime avec les autres produits, et pour éviter la confusion, on avait un moyen bien simple qu'on a employé, c'était d'exiger des comptes séparés [1]. Pour ma part, je ne comprendrais pas que le législateur de l'an VII eût agi autrement, et je ne puis saisir dans le fait de la perception par les mêmes préposés un semblant de raison pour assimiler le décime à l'amende.

B. Le décime est perçu dans les mêmes formes que l'amende... Le motif en est fort simple. On a voulu ici encore simplifier. Il n'y avait aucune nécessité d'inventer des formes nouvelles : on a appliqué celles déjà existantes. D'ailleurs c'est par interprétation qu'on étend au recouvre-

[1] La loi de l'an VII décida dans ce but qu'il serait tenu compte du décim par un article séparé.

Digitized by Google

ment du décime les formes employées pour le recouvrement de l'amende; le texte est muet sur ce point [1].

C. Il est perçu aux mêmes échéances...

Vraiment il eût été difficile d'imaginer une échéance différente. Est-ce que je dois l'impôt immobilier avant d'être devenu propriétaire de l'immeuble! Je ne puis pas davantage devoir le décime avant que l'amende soit due. D'autre part, dès que l'amende est recouvrable, il est naturel de permettre en même temps la perception du décime. Au surplus pourquoi y aurait-il une corrélation entre l'identité d'échéance et l'identité de nature? Il y a beaucoup de dettes de natures diverses ayant une échéance unique. Je puis très-bien devenir créancier de Paul d'une créance exigible le 1er janvier 1870 à la suite d'une vente, et devenir son créancier à la suite d'une donation d'une créance exigible à la même date. Il n'en résultera pas que les deux créances soient de même nature. On trouve dans les notes de Dalloz sous l'arrêt du 27 août 1868 (69, 1, 161) des hypothèses nombreuses du même genre auquelles je renvoie.

D. *Le décime se prescrit par deux, cinq ou dix ans, comme l'amende...* L'identité de prescription n'est pas non plus probante. Il va de soi qu'un impôt sur un capital ne peut plus être dû lorsque le capital disparaît, c'est pour cela que le décime se prescrit en même temps que l'amende et nullement parce qu'il a la même nature qu'elle. Pourrait-on imaginer un impôt foncier recouvrable après que le fonds a disparu? La Cour de Metz dit avec beaucoup de raison (Dalloz, 68, 2, 90), « Attendu que si l'amende vient à être prescrite ou remise, le décime ou le double décime n'est plus dû, parce que sa perception manque alors de base ou d'assiette. Comme, par exemple, l'impôt immobilier cesse d'être dû par la disparition de l'immeuble. »

E. *Le décime est dû en vertu du même titre que l'amende....* L'identité de titre est encore plus inutile à constater. L'identité de titre! mais elle existe lorsqu'un arrêt ou un jugement condamne à l'emprisonnement, à l'amende, à des dommages et intérêts, à la confiscation spéciale, à des restitutions, etc...

[1] Attendu, dit la Cour de cassation, « que le décime est perçu en même temps que le principal, par les mêmes préposés, et, *par conséquent, en la même forme.* »

Digitized by Google

Est-ce qu'il viendrait à l'esprit de personne d'en conclure que les objets confisqués, les restitutions, les dommages-intérêts, l'amende et l'emprisonnement ne forment plus qu'un tout indivisible, ayant un caractère unique? Reste à apprécier la valeur de l'argument de texte tiré de l'article 5 de la loi du 14 juillet 1855. Le mot *augmenté*, dont se sert cette loi, doit-il nous conduire à confondre le décime et l'amende? Malgré notre respect pour les textes, la conséquence nous paraît plus qu'exagérée. Le mot employé par le législateur n'est pas un mot technique, susceptible d'une interprétation unique; il est la traduction des expressions de la loi de prairial an VII, « il sera perçu un décime *en sus* de l'amende. » Ce qu'on a voulu dire, c'est que le condamné ne serait pas libéré en payant l'amende, qu'il lui faudrait de plus payer un dixième. D'ailleurs, et en supposant que le mot *augmenté* eût toute la valeur qu'on lui attribue, ce mot ne se retrouve pas dans la loi de l'an VII, et même les expressions de cette loi réveillent une idée diamétralement opposée. Faudrait-il donc scinder, diviser les 2 décimes et décider que l'un fait partie de l'amende, tandis que l'autre reste en dehors? Cette distinction ne serait ni justifiée ni rationnelle. De bonne foi, n'attachons pas à un mot jeté au hasard une importance pareille. Mettons-nous un instant à la place des rédacteurs de la loi de 1855, ne pourra-t-il pas très-bien advenir que, sans aucune intention, le mot *augmenté* glisse sous notre plume pour exprimer que la condamnation entraînera virtuellement l'obligation de payer un décime en sus? Sans doute, si la raison conseillait d'assimiler le décime à l'amende, si en faisant cela on obéissait à des principes rationnels, on pourrait, pour les besoins de la démonstration, rappeler les termes de la loi de 1855; mais telle n'est pas la situation, bien au contraire, la raison et les principes nous conseillent une solution toute différente.

Et d'abord, l'esprit de nos lois pénales répugne à la doctrine de la jurisprudence. Ne sait-on pas, en effet, n'est-ce pas une vérité devenue vulgaire et presque banale, qu'il ne faut jamais trancher les doutes dans le sens de la rigueur, lorsqu'on discute des questions de droit pénal? Dans l'espèce, le système de la Cour de cassation entraîne une aggravation de peine pour le condamné, car, en définitive, la contrainte par corps est une peine, surtout lorsque les condamnés sont

Digitized by Google

insolvables. Ne vaudrait-il pas mieux adopter une solution plus généreuse, plus humaine? La Cour suprême ne peut nier que la question ne présente au moins des doutes, de l'obscurité, car toute la doctrine répudie sa jurisprudence, ainsi que bon nombre de Cours d'appel. S'il y a des doutes graves ne permettant pas une conviction absolue, tranchons-les suivant le principe qui domine l'interprétation des lois pénales[1]. Il ne faut pas que la conséquence particulière du système fasse oublier le principe. Il est vrai que c'est de la contrainte par corps qu'il s'agit et non d'une peine proprement dite, il est vrai que la contrainte par corps est regrettée encore par certains esprits; mais des magistrats comme ceux de la Cour de cassation ne doivent se laisser, ni volontairement ni involontairement, conduire par des regrets, quand il s'agit d'appliquer une loi existante. La Cour de Metz prévoit à peu près l'objection que je dirige contre le système de la jurisprudence et elle croit y répondre en disant « que l'objection pouvait aussi bien et même mieux encore être faite en ce qui concerne les suppléments d'amende résultant des décimes en sus établis par les lois fiscales de l'an VII et de 1855, lesquels ont été perçus sans donner lieu à aucun débat judiciaire, qu'il serait illogique, après avoir admis l'augmentation de l'amende, qui est une véritable aggravation pénale, de contester... l'exercice et la durée de la contrainte par corps, qui n'est que la conséquence légale de cette augmentation d'amende acceptée sans résistance. »

Qu'on me permette de l'avouer, je ne puis saisir l'argument. Il me semble qu'il n'y avait pas de résistance possible aux ordres très-clairs de la loi, il me semble qu'il eût été inouï d'élever un débat judiciaire sur le point de savoir si le décime pouvait être perçu légitimement en présence des lois de l'an VII et de 1855. Sans doute les lois de l'an VII et de 1855 ont augmenté la somme à payer par le condamné, et,

[1] L'interprétation pénale, dit M. Faustin-Hélie, ne doit être ni restrictive, puisqu'il n'appartient point aux juges d'apprécier les limites de la volonté du législateur, ni extensive, puisqu'il ne doit pas se montrer plus prévoyant que la loi, *ni fonder une peine sur une présomption;* elle doit être purement déclarative; c'est-à-dire que sans rien ajouter ni retrancher aux textes, elle doit se borner à déclarer le sens qui s'y trouve virtuellement enfermé.
(*Introduction aux Leçons de droit criminel* de Boitard.)

Digitized by Google

en ce sens, on peut dire qu'elles ont aggravé sa situation. Mais quelle analogie y a-t-il entre le législateur et le le juge? L'un a le droit de créer des dispositions nouvelles qui aggravent la pénalité, l'autre a le devoir d'interpréter la loi sans jamais en aggraver la rigueur. Dira-t-on que, depuis la loi de 1863 qui a aggravé la pénalité antérieure, les règles sur l'interprétation des lois pénales sont changées? L'argument serait cependant de même force.

En second lieu; le système de la Cour de cassation fausse l'esprit de la loi de 1867.

Cette loi, on le sait, a été inspirée par des motifs d'humanité. Les discussions qui ont eu lieu au sein du Corps législatif montrent combien le législateur poursuivait un but d'adoucissement[1].

Ce qui est surtout caractéristique, c'est que le projet de loi maintenant la contrainte par corps pour les frais dus à l'État, des observations furent faites à ce sujet et la commission se hâta de modifier l'article 3 en ce sens. On lit aujourd'hui : « La contrainte par corps n'aura jamais lieu pour le payement des frais au profit de l'État. » Une loi du 19 décembre 1871 étend la contrainte par corps aux frais dus à l'État (*Journal officiel* du 20 décembre, p. 5012). Mais cela n'atténue en rien notre argumentation. Ainsi, lorsque des frais sont imposés à l'État par le fait délictueux d'une personne, l'État ne se reconnaît pas le droit d'user de la contrainte par corps, bien que la cause directe, immédiate de ces frais réside dans un fait illicite, bien que le délinquant ait rendu, par sa faute, ces frais nécessaires. Est-il dès lors admissible que le même législateur, qui écrivait l'article 3 de la loi de 1867, ait entendu autoriser la contrainte par corps pour le recouvrement d'une somme due à titre de subvention de guerre? Comment! ici la cause de la dette est étrangère à l'agent, ce sont les besoins du pays qui obligent à demander un sacrifice à tous les nationaux, et pour le payement de ce sacrifice, de cet impôt, on usera de la contrainte par corps écartée pour le payement des frais, serait-ce logique? On ne

[1] Dans le projet primitif, la durée de la contrainte par corps était plus longue à chacun des degrés de l'échelle qu'elle n'est dans la loi actuelle. On trouva la rigueur trop grande, et l'article 9 fût renvoyé à la commission qui l'atténua dans de notables proportions (Duvergier, *Collection des lois*, 1867, p. 195, note 1).

Digitized by Google

peut pas nous objecter que le décime n'a pas été établi à titre d'impôt, nous avons déjà prouvé le contraire, et la Cour de cassation ne nous contredit pas sur ce point.

En troisième lieu la doctrine de la Cour de cassation fait dévier de leur but les lois de l'an VII et de 1855. Ces lois n'ont pas voulu autre chose que procurer à l'État les ressources dont il avait besoin, ce sont purement des lois de finances, temporaires et même annuelles, puisqu'elles ont besoin pour vivre d'être reproduites chaque année dans la loi qui règle le budget. Il est vrai qu'elles ont aggravé la situation des condamnés et rompu ainsi l'équilibre établi entre l'infraction et la peine, mais elles l'ont fait indirectement et sans vouloir modifier les règles générales du droit criminel. Or, avec le système de la Cour de cassation, on leur fait produire plusieurs conséquences de ce genre, qui très-certainement n'étaient pas dans l'esprit du législateur. En voici quelques-unes :

1° Si le décime fait partie de l'amende, il devient une peine complémentaire qui, à ce titre, doit être prononcée par le juge tout comme la peine principale.

2° En supposant une infraction punie de 15 francs d'amende le juge de simple police cessera d'être compétent malgré les articles 137 et 139 du Code d'instruction criminelle, car, grâce aux décimes, il ne s'agit plus de 15 francs d'amende, mais de 18 francs.

3° Le jugement qui prononce une amende de 5 francs sera susceptible d'appel, bien qu'aux termes de l'article 172 du Code d'instruction criminelle, l'appel soit impossible dans ce cas.

Cette dernière conséquence a été aperçue et notée avec soin par la Cour de Metz dans l'arrêt du 17 décembre 1868 (Dalloz, 69, 2, 80) : « Attendu que si la doctrine de l'incorporation de l'accessoire au principal, ou de la transformation du décime en amende, a pour effet d'aggraver la situation du condamné, il est juste de constater que celui-ci peut trouver dans cette aggravation même un moyen de défense en ce que, dans certains cas, et notamment pour les jugements de police et les jugements correctionnels mentionnés aux articles 172 et 192 du Code d'instruction criminelle, l'élévation de l'amende lui permet de porter devant la juridiction supérieure un appel que rendrait impossible le taux de l'amende

Digitized by Google

adopté par la loi pénale comme limite du dernier ressort. » Ces conséquences sont d'autant plus graves quelles peuvent être abrogées ou maintenues suivant les besoins de la trésorerie sans examen sérieux au point de vue général.

Ajoutons enfin qu'il faudrait un texte net, formel, limpide pour accepter la bizarre confusion que la jurisprudence fait entre un impôt et une peine. Un impôt qui devient une peine. Où trouve-t-on des exemples de transformation aussi inattendue, aussi féerique?

En résumé, d'une part, la Cour de cassation ne prouve pas d'une manière satisfaisante que le décime perd sa nature primitive, et comme c'est à elle à prouver le fait nouveau de transformation qu'elle invoque, l'absence de preuves péremptoires devrait suffire pour faire rejeter son opinion. D'autre part, la solution qu'elle donne a pour effet d'aggraver la situation des condamnés contrairement aux principes d'une saine interprétation des lois pénales; elle jette le trouble dans l'application des règles sur la compétence, sur l'appel, et elle étend une disposition exceptionnelle de deux lois de finance au lieu de la restreindre; elle fausse l'esprit de la loi du 12 juillet 1867, et laisse au hasard des combinaisons financières le soin de maintenir ou d'abroger plusieurs règles de droit pénal. E. NAQUET.

QUESTIONS SE RATTACHANT A LA RÉORGANISATION JUDICIAIRE.

Par M. Robinet de Cléry,
ancien procureur général, avocat à Besançon.

L'ajournement subi par la loi de réorganisation judiciaire n'a pas amoindri l'intérêt qu'avait éveillé cette œuvre importante. Seulement le cercle des innovations s'est resserré. D'heureuses solutions subsistent et sont désormais acquises. L'Assemblée nationale s'est prononcée sur des théories soutenues avec talent et conviction, mais dont un examen attentif lui a démontré l'inanité. Le principe traditionnel de la nomination des magistrats par le pouvoir exécutif a prévalu. Sans ébranler les bases de nos institutions ni altérer leur harmonie, une étude réfléchie et féconde recherchera les moyens de les consolider en les améliorant.

Digitized by Google

N'aboutira-t-elle pas à augmenter les garanties de capacité? — Le diplôme de docteur et une épreuve quelconque, examen ou concours, ne seront-ils pas exigés à l'entrée de la carrière? — L'émulation ainsi entretenue relèverait le niveau scientifique et moral des candidats. — Des conditions d'âge et de durée de services semblent aussi devoir être approuvées par ceux mêmes qui auraient voulu les rendre plus efficaces en imposant aux avancements des temps d'arrêt déterminés. Sur ces points et sur beaucoup d'autres, je n'ai pas à reproduire les observations que j'ai faites ailleurs [1]. Il en est une pourtant que je crois susceptible de recevoir certains développements. Sans toucher à aucune des controverses engagées lors des premières discussions; elle concerne des dispositions qu'il serait facile d'intercaler dans la loi. Elles en seraient le complément.

Au cours des débats législatifs la lumière s'est faite sur les hommes comme sur les choses. Renouvelant, à la séance du 20 février, ses précédentes protestations et les appuyant sur des faits d'une éclatante notoriété, M. Bérenger réhabilitait les membres du parquet sacrifiés lors des *abattis* auxquels les pouvoirs improvisés se complaisent. Son éloquente parole trouvait écho dans l'Assemblée. Il annonçait un amendement ayant pour objet de préserver cette magistrature de crises, en quelque sorte périodiques, dues au retour « malheureusement trop fréquent de nos révolutions ».

Quel sera ce préservatif? — Le courant d'idées dans lequel la commission s'est placée et dont quelques orateurs se sont également inspirés ne présage pas un prochain retour à nos anciennes institutions et au principe si tutélaire que la Constituante de 1790 s'est approprié en déclarant le ministère public inamovible. Le moment n'est pas favorable pour renouveler ce vœu plusieurs fois exprimé par d'éminents jurisconsultes. Aux tendances opposées, que dénote l'ensemble du projet, des questions de personnes ne sont peut-être pas étrangères et l'intérêt dominant paraît être d'assurer l'*unité d'action*. La crainte de désagréger un corps dont elle fait la principale force suscite, en effet, des objections considérables.

[1] Réorganisation judiciaire proposée à l'Assemblée nationale (Cotillon et fils, éditeurs).

Digitized by Google

Applicables à la plupart des expédients qui garantiraient l'indépendance individuelle, elles ont probablement contribué à faire écarter une proposition à laquelle répondaient de légitimes sympathies. Elle tenait beaucoup de place dans le projet ayant servi de type à celui dont la législature est actuellement saisie. La pensée était généreuse et grande. Sous la dénomination de *conseil supérieur*, M. Bérenger voulait établir, au ministère de la justice, « un corps assez haut « placé dans la considération publique et assez élevé au « dessus des susceptibilités ou des exigences individuelles, « pour discerner froidement, sans autre souci que celui de « concourir à la considération de la magistrature, ceux qui « seraient dignes d'y entrer et ceux qui seraient indignes. « d'y rester [1]. »

De cette double attribution, la première partie aurait consisté dans l'appréciation de la conduite, du caractère, de la valeur morale des aspirants. Leur admission au concours aurait été subordonnée à de scrupuleuses investigations. C'était une combinaison se rattachant à celle qu'un vote du 23 février a repoussée. Elle est donc désormais sans objet. Il ne s'agit pas non plus de déférer au même conseil, ainsi qu'il avait été d'abord proposé, soit des questions de législation, soit des cas éventuels de mise à la retraite [2]. Il y est autrement pourvu [3]. Convient-il néanmoins de le créer en lui donnant mission de tempérer ce que le pouvoir ministériel a d'exorbitant? — Voilà une des préoccupations qu'entretient dans le monde judiciaire l'attente d'un amendement dont les termes ne sont pas connus. On se demande : 1° quel serait le modérateur institué pour s'opposer à l'arbitraire ou mitiger les effets des révocations *ad nutum*? — 2° Si son contrôle s'exercerait en les soumettant à une délibération préalable? — 3° S'il ne suffirait pas d'en atténuer les suites et de faciliter d'équitables réparations ?

I. A quelque point de vue que l'on se place, on ne saurait organiser, en dehors de la Cour de cassation, ni intervention efficace ni recours utile. Nulle autre agglomération de lumières ne réunirait, au même degré, le respect des tradi-

[1] Exposé des motifs de la proposition déposée le 24 juin 1871.
[2] Articles 45 et 46 de la proposition déposée le 24 juin 1871.
[3] Voir chapitre 5 du projet de la commission.

Digitized by Google

tions, la fermeté, l'expérience. Lui remettre le soin de sauvegarder les positions judiciaires et la dignité de ceux qui les occupent serait donner un développement normal à la haute juridiction censoriale déposée en germe dans le sénatus-consulte du 16 thermidor an X (articles 82 et 83) et règlementée par la loi du 10 avril 1810.

Ce régime est cher à la magistrature. La réorganisation projetée se l'approprie et il en recevra une consécration nouvelle[1]. Mais il comporterait une bienfaisante extension.

Loin d'augmenter l'autorité des décisions d'un corps vénéré, l'introduction d'autres éléments, quelsqu'ils fussent, l'amoindrirait. Les partisans les plus convaincus de la création d'un conseil supérieur étaient en désaccord sur sa composition. En premier lieu, M. Bérenger proposait d'y faire entrer, en grand nombre, des délégués de la Cour de Paris et du tribunal de la Seine[2]. A leur exclusion un magistrat aurait voulu joindre trois conseillers d'État et un inspecteur général des écoles de droit à dix magistrats pris dans les sommités de la cour régulatrice[3]. Il serait, selon moi, préférable de laisser à celle-ci, sans aucune immixtion étrangère, des attributions agrandies. Elles appartiendraient soit à des chambres réunies, soit à une commission élue dans son sein.

D'après la proposition primitive, le conseil investi de ces pouvoirs disciplinaires aurait été présidé par le garde des sceaux[4]. C'était maintenir une prérogative établie, dans des cas analogues, par la législation de l'an X et de 1810, rappelée en l'ordonnance du 15 janvier 1826 et reconnue par une délibération de la Cour de cassation du 30 avril 1832. En remaniant cette partie de l'organisation existante, le projet en discussion ne laisse plus le chef de la justice participer aux décisions intervenant sur des poursuites dirigées contre des magistrats inamovibles[5]. Dans la pratique il s'en abstenait, et l'opinion approuvait ce scrupule qui aura ainsi une complète sanction. Devrait-il également prévaloir, lorsque la révocation d'un officier du parquet serait provoquée ? — Dans cette dernière occurrence, la prépondérance ministé-

[1] Chapitre 4, du projet de la commission, article 32 à 47.
[2] Articles 45 et 46 de la proposition déposée le 24 juin 1871.
[3] Observations de M. Seligman, président du tribunal d'Annecy.
[4] Proposition primitive de M. Bérenger, art. 46.
[5] Chapitre 4 du projet de la commission.

Digitized by Google

rielle soulèverait moins d'objections et aurait une utilité peu contestable.

II. Elle n'irait pourtant pas jusqu'à rendre purement consultative l'opinion du corps délibérant, et aucune pression n'est d'ailleurs à appréhender dans les hautes régions où se conserve, avec le culte de la loi, l'austère pratique de ses immuables devoirs. Dégagée de toute influence, la majorité se prononcerait, « après avoir entendu ou appelé le magistrat, « sur les propositions de révocation qui lui auraient été « soumises par le garde des sceaux [1]. » et leur rejet imposerait à celui-ci un auxiliaire ayant perdu sa confiance. Il pourrait en résulter quelques embarras et un amoindrissement de la responsabilité du pouvoir dirigeant. Ces considérations entreront-elles en balance avec celles qui militent pour restreindre en ses mains un droit, dont il a été usé, en temps normal, avec circonspection et réserve, mais qui, aux époques de crises, sert de prétexte à d'étranges abus? Signalés dans le remarquable exposé de motifs qui fut déposé à l'appui des réformes demandées par M. Bérenger, ils l'ont été depuis et le seront probablement encore à la tribune nationale. De l'importance de ces révélations dépendra une solution au sujet de laquelle de bon esprits ne sont peut-être pas invariablement fixés.

III. Quel que fut le sort d'un amendement qui substituerait à l'omnipotence actuelle la décision d'un conseil indépendant, n'y aurait-il pas des palliatifs à apporter aux faits accomplis sous le régime antérieur et à ceux qui se produiront aussi longtemps qu'il dépendra du chef amovible de la magistrature de renouveler, à son gré, le personnel des parquets? Dans un état de choses qui rend ce haut dignitaire maître absolu d'emplois, dont il dispose suivant les inspirations de sa conscience et en ayant égard aussi aux exigences, aux raisons politiques, aux convenances dont il est seul appréciateur, il ne faut pas qu'un retrait immérité porte atteinte à la considération du fonctionnaire qui le subit, annihile ses services et lui ôte toute chance d'avenir. A une situation aussi précaire. s'attacherait une défaveur qui rejaillirait sur l'institution elle-même et la mettrait en suspicion.

Les auteurs du projet le regretteraient assurément, car il

[1] Proposition primitive de M. Bérenger, art. 46.

Digitized by Google

est conçu dans des vues éminemment conservatrices. Elles se révélaient, sans aucun détour, quand, à la séance du 9 février dernier, M. Bigot, interprète de la commission, expliquait par de *douloureux événements le besoin de réformes.* « Nous avons vu depuis dix-huit mois, disait-il, la magistra- « ture envahie par une foule d'hommes qui n'avaient, pour « y pénétrer, que la faveur des puissants du jour. » Dans cette persuasion plus ou moins fondée, le même orateur, rappelant que « beaucoup de ces nouveaux venus y sont encore et que « quelques-uns ont jugé prudent de se couvrir du manteau « de l'inamovibilité », exposait aussi comment une pensée de résistance avait cherché appui dans l'esprit de corps en faisant toutefois une part aux envahisseurs. « Aujourd'hui, « ajoutait-il, on pourra, par le hasard des révolutions, pé- « nétrer dans le parquet, on pourra se faire nommer pro- « cureur ou avocat général, ou même procureur général; « mais quand la tourmente révolutionnaire sera passée, « quand nous serons revenus à des temps réguliers, per- « sonne ne pourra franchir le fossé que nous creusons entre « la magistrature debout et la magistrature assise; personne « ne pourra le franchir sans l'agrément de la magistrature « elle-même. »

La loyauté de ces paroles montre le but auquel tend le législateur. En même temps elle laisse entrevoir un péril auquel il importerait d'obvier et qu'il faudrait du moins atténuer dans la mesure du possible.

Des fonctions dont l'exercice réclame une impassible énergie, un dévouement sans bornes à l'intérêt social, seront singulièrement amoindries par les innovations qui vont isoler le procureur général [1], lui refuser place dans la commission qualifiée *jury d'honneur* [2], écarter les avocats généraux et substituts d'une délibération dans laquelle le professorat et le barreau seront à bon droit représentés [3]. Si à ces causes d'infériorité se joint une affligeante démarcation; si la loi, justement soucieuse d'empêcher l'infusion d'éléments étrangers et peu capables dans ce que son éloquent organe appelle « *la vraie magistrature* », abandonne aux vicissitudes politiques l'autre magistrature, qu'ont pourtant illustrée de beaux talents, de nobles caractères, et à laquelle se rattachent de

[1], [2] et [3] Projet de la commission, articles 18, 19 et 23.

Digitized by Google

glorieux souvenirs, espère-t-on trouver désormais, pour occuper ces positions, des hommes à la hauteur des devoirs qu'elles imposent? S'engageront-ils dans des luttes incessantes, à la suite desquelles ils sauront être en butte à de longues animosités, si, après les avoir dignement soutenues, ils ne sont assurés d'en avoir un irrécusable témoignage?

La nouvelle loi n'entend ni le leur refuser ni méconnaître leurs services. En tête de la nomenclature des sujets admissibles dans les tribunaux de première instance et d'appel, elle désigne l'*ancien magistrat* [1]. Ailleurs elle l'assimile à celui qui est en fonctions [2]. Ces prévisions se rapportant plus particulièrement à ceux que l'inamovibilité n'avait pas protégés, impliquent la volonté de leur donner accès à tous les postes pour lesquels ils rempliront les conditions légales d'aptitude, soit qu'il appartienne au garde des sceaux d'y pourvoir, soit que son option ait à se renfermer dans une liste réglementaire dressée par l'assemblée générale ou par la commission d'une Cour d'appel.

Rien ne serait plus équitable. Seulement il n'a pas été tenu assez de compte de ce qui doit presque infailliblement paralyser l'effet d'excellentes intentions. D'une part, il conviendra rarement de rappeler le magistrat, même le plus digne, dans le milieu où il fonctionnait avant un injuste déplacement. — D'autre part, les compagnies judiciaires, auxquelles il était étranger, seront disposées à lui préférer des candidats plus connus, mieux recommandés. — Il y a beaucoup de vérité dans ce qui a été dit sur le népotisme, les concessions réciproques auxquelles il se prête et la communauté d'intérêts que cimente l'esprit de famille [3]. Une prédilection moins restreinte tend à favoriser, dans chaque circonscription parlementaire, des sujets qui y ont commencé et suivi sans interruption leur carrière. C'est l'exagération d'un sentiment honnête, très-avouable, et il est exploité par les ambitions locales.

Quiconque a été en contact avec elles sait combien elles sont inquiètes et jalouses. J'en ai déjà fait ainsi la remarque : « Plusieurs années d'avance on prévoit les mouvements « qu'amèneront les retraites ou de plus douloureuses éven-

[1] et [2] Projet de la commission, articles 6 et 11.
[3] Séance de l'Assemblée nationale des 8 et 9 février.

Digitized by Google

« tualités. On se tient prêt à les mettre à profit. A tous les « degrés de l'échelle judiciaire on s'ingénie pour avoir des « protecteurs à la Cour d'appel. Son chef et celui du parquet « général voient, du sein de leur compagnie, se renouveler « d'incessantes recommandations [1]. » Des liens d'estime et de sympathie, resserrés par une affectueuse collaboration, ont de tout temps entretenu ces influences, et le système qu'il est question d'introduire les rendrait irrésistibles.

Elles ont été et seront toujours prêtes à se réunir contre une compétition venant du dehors. Que sera-ce, s'il s'agit d'une position élevée et si la nomination d'un *étranger au ressort* doit faire évanouir une longue série d'espérances tenues en éveil !

Des corps dont l'action est circonscrite dans les limites de leur juridiction, sont d'ailleurs assez peu portés à s'inspirer d'intérêts plus généraux et à se dépouiller de l'esprit local pour coopérer au redressement d'injustices commises ailleurs pendant des agitations ou des réactions politiques.

Quand elles ont brisé des existences judiciaires, un gouvernement régulier compte parmi ses devoirs l'œuvre réparatrice. Or elle serait simultanément secondée : 1° par des Cours d'appel usant, en cas de vacances survenues dans leur ressort, de la faculté de porter sur leurs listes l'ancien magistrat; 2° par une plus haute juridiction à laquelle celui-ci aurait spontanément soumis tout son passé, en provoquant lui-même un minutieux et sévère examen. Le projet de loi ouvre seulement la première de ces deux voies. — Est-ce assez ? — L'une et l'autre auraient, suivant moi, leur raison d'être et leur utilité. Elles tendraient à un but commun. Des propositions ayant pour objet de rétablir en fonctions celui que le hasard des révolutions avait éliminé, offriraient, sous deux formes bien distinctes, des garanties d'une grande autorité, et néanmoins ne produiraient pas des effets absolument identiques.

Le candidat d'une Cour d'appel a pour objectif une place disponible et spécialement désignée. A défaut de celle-ci, il est, pendant deux ans, loisible au chef de l'État de le nommer *à un siége égal ou inférieur* [2]. Une rentrée ainsi opérée (si tant

[1] Réorganisation judiciaire, nos de 65 à 71.
[2] Article 21 du projet de la commission.

Digitized by Google

est qu'une majorité peu exclusive dans ses choix l'ait rendue possible) donnerait à quelques-uns suffisante satisfaction, mais il est des services pour lesquels elle serait incomplète et inacceptable. Tout dépendrait de leur durée, de leur nature, du relief qu'ils auraient eu et des causes de leur cessation. Qu'il soit donc également permis de s'adresser au sommet de la hiérarchie, pour livrer, à une impartiale enquête, les actes, les travaux, ayant rempli une carrière brusquement interrompue. En communication avec la chancellerie, la Cour de cassation en recevrait tous documents utiles à consulter; elle en ferait une étude approfondie. Procédant en assemblée générale ou par délégués, elle pèserait les imputations, les mérites. Plus qu'aucune autre elle serait en mesure de centraliser et compléter les investigations. Leur résultat, s'il était favorable, aboutirait à une présentation qui serait en même temps le plus précieux des témoignages. Elle aurait un caractère de permanence qui la rendrait applicable à toute éventualité ultérieure, sans limites de temps, sans autres restrictions que celles résultant de conditions spéciales d'aptitudes.

Un ministère sincèrement pénétré de l'importance des droits acquis se féliciterait d'avoir un appui et des lumières qui laisseraient à ses choix une entière liberté. Nulle juridiction n'empiéterait sur ses pouvoirs et n'ordonnerait une réintégration. Chacun se renfermerait dans sa sphère. Tel était à mes yeux le point essentiel, lorsque je hasardais l'idée première de la disposition additionnelle[1], qui me paraît, aujourd'hui comme alors, rentrer dans l'économie générale de la loi en cours d'élaboration.

Ce recours au premier et au plus respecté des corps judiciaires me semblait devoir être accordé *à tout magistrat qui aurait été privé de ses fonctions, hors les cas prévus aux articles* 37, 38, 39, 43, 44 *et* 55 *de la même loi*. Un délai d'un an, à partir de sa promulgation ou d'un retrait d'emploi postérieur, serait imparti. D'autres combinaisons peuvent sans doute être préférées. Je suis loin de me flatter d'avoir indiqué la meilleure. Quelle que fut celle adoptée et la formule servant à discerner ceux dont la conduite et les agissements auraient été irréprochables, elles rehausseraient l'institution

[1] Réorganisation judiciaire, nos 79 et suivants.

Digitized by Google

et en même temps *auraient pour effet d'autoriser le garde des sceaux à nommer, sans autre présentation, l'ancien magistrat à toutes les fonctions pour lesquelles il remplirait les conditions d'aptitudes déterminées au chapitre 2 de la loi*[1].

La dignité des fonctions et du personnel qui les remplit serait sérieusement garantie. ROBINET DE CLÉRY.

LE JURY EN ITALIE ET LA FORMATION DES LISTES.

Par M. Ernest DUBOIS,
Professeur à la Faculté de droit de Nancy.

I.

Projet de réforme présenté à la Chambre des députés le 30 janvier 1872 et rapport du ministre de la justice (De Falco).

SOMMAIRE.

1. Présentation de projets de loi en France et en Italie, concernant la formation des listes. — 2. Législation italienne antérieure à la législation actuelle (décret du 13 novembre 1859). — 3. Législation actuelle (décret du 6 décembre 1865). — 4. Principales critiques dirigées contre la loi italienne. — 5. Aperçu de la réforme proposée par le gouvernement italien. — 6. Aperçu de la réforme proposée dans les projets français. — 7. (*Texte des principaux articles du projet italien :*) Conditions requises pour être juré (système des catégories). — 8. Incompatibilités. — 9. Dispenses. — 10. Incapacités. — 11. Opérations des commissions et voies de recours. — 12. Exonération de ceux qui ont rempli les fonctions de juré pendant l'année courante et la précédente. — 13. Du cas où l'une des commissions n'accomplit pas ses opérations dans le temps fixé. — 14. Récusations motivées. — 15. Récusations péremptoires. — 16. Tirage de divers jurys pour un même jour; clôture définitive de la formation du jury. — 17. Pénalités. — 18. Système de M. Pizzamiglio sur la formation des listes. — 19. Statistique.

L'Assemblée nationale française et le Parlement italien sont en ce moment saisis l'un et l'autre de projets de loi tendant à modifier la législation relative à la formation du jury en matière criminelle.

Le projet de loi français a été présenté par le ministre de la justice, M. Dufaure, le 30 mai 1872 (le voir au *Journal officiel* du 11 juin, avec l'exposé des motifs, p. 3918-20); le rapport de M. Albert Desjardins a été déposé le 5 juillet

[1] Réorganisation judiciaire, nos 79 et suivants.

Digitized by Google

(voir le *Journal officiel* du 11 juillet, p. 4726-9), avec le projet de la Commission. La discussion, qui en avait été fixée à la suite de la troisième lecture du projet de loi relatif au recrutement de l'armée (*Journal officiel* du 14 juillet, p. 4806-7), n'ayant pu avoir lieu avant les vacances, l'Assemblée l'a mise en tête de son ordre du jour pour la rentrée (au 11 novembre); elle a, en même temps, déclaré l'urgence (*Journal officiel* du 2 août, p. 5304-6).

Le projet de loi italien a éte présenté à la Chambre des députés le 30 janvier 1872 par le ministre de grâce, justice et cultes, M. De Falco, conformément à l'ordre du jour voté le 23 juin 1871, et ainsi conçu : « La Chambre invite le garde des sceaux à présenter dans la prochaine session un projet de loi tendant à apporter dans l'organisation du jury les modifications dont l'expérience a montré la nécessité. » Le projet est précédé d'un rapport (*relazione*) du ministre, où se trouve l'exposé des motifs avec une analyse développée et remarquable des législations étrangères; il est suivi de trois annexes (*allegati*), contenant : le n° 1, un résumé des avis des procureurs généraux, en réponse à la demande qui leur en avait été faite par une circulaire du 10 novembre 1869; le n° 2, une note statistique concernant les jurés en Italie pour 1870; et le n° 3, sous le titre *Législation*, le texte des lois ou actes ci-après : 1. Le projet de loi sur le jury, présenté au Parlement napolitain en 1820 par le ministre Franc. Ricciardi; 2. L'acte anglais du 22 juin 1825; 3. Les lois génevoises du 12 janvier 1844 et du 16 juin 1848; 4. La loi bavaroise du 3 août 1848; 5. L'ordonnance prussienne du 3 janvier 1849, avec les modifications introduites par la loi du 5 mai 1852; 6. Le texte primitif du Code d'instruction criminelle français concernant la formation du jury, avec les modifications apportées par le décret du 7 août 1848 et par la loi du 4 juin 1853 — (sont omis la loi du 2 mai 1827 et le décret du 14 octobre 1870 qui abroge la loi de 1853 et remet en vigueur le décret de 1848); — 7. Les lois criminelles de Malte du 10 mars 1854; 8. La loi d'Argovie du 3 mars 1858; 9. La loi saxonne du 14 septembre 1868; 10. La loi belge du 18 juin 1869, dans sa partie concernant le jury.

A la veille de la discussion qui doit s'ouvrir au sein de l'Assemblée sur des questions qui, dans tous les pays, passent

Digitized by Google

avec raison pour les plus délicates et les plus importantes d'une loi sur le jury, j'ai pensé qu'il n'était pas sans intérêt et sans utilité de connaître les défauts que l'on signale dans la loi italienne et les remèdes que l'on propose d'y apporter. Sans méconnaître les différences notables qui existent, à plusieurs égards entre la condition des deux pays, on peut dire que dans l'un comme dans l'autre, ce sont au fond les mêmes abus qu'il s'agit de corriger, c'est le même but qu'il s'agit d'atteindre : obtenir des jurés plus éclairés et plus fermes.

Le jury est une institution relativement toute récente en Italie. Le Piémont l'y a introduit en 1848, pour les délits de presse seulement. Il ne fut admis d'une manière générale, en matière criminelle, que par le décret-loi sur l'*organisation judiciaire* du 13 novembre 1859, rendu en vertu des pleins pouvoirs que donnait au roi la loi du 25 avril de la même année.

D'après ce décret, articles 53-88, trois conditions seulement étaient requises pour être juré : savoir lire et écrire, être âgé de trente à soixante ans, être électeur politique. En se reportant à la loi électorale en date du 17 décembre 1860, article 1er, on voit que les conditions requises pour être électeur sont les quatre suivantes : jouir des droits civils et politiques, avoir vingt-cinq ans, savoir lire et écrire, payer un cens annuel non inférieur à 40 lires (40 fr.). Une liste générale permanente était formée dans chaque commune, contenant le nom de ceux qui y avaient un domicile réel; chaque année, avant le 15 août, cette liste était revue par le maire (*sindaco*), chargée d'y faire les additions et radiations nécessaires : les intéressés pouvaient réclamer. Deux commissions fonctionnaient ensuite à partir du 15 octobre : l'une, municipale, composée du maire et de deux conseillers élus par le Conseil municipal, choisissait sur la liste générale un individu par 400 habitants; l'autre, composée du président et de deux membres du Conseil provincial, éliminait un quart des inscrits; le préfet, après l'avis du conseil de gouvernement éliminait un autre quart. La liste était enfin remise à l'autorité judiciaire et le tirage au sort avait lieu pour le service des sessions.

L'organisation actuelle est contenue dans un décret du 6 décembre 1865, rendu en exécution de la loi du 2 avril de

Digitized by Google

la même année, qui autorisait le gouvernement à modifier l'organisation de 1859. (Elle y occupe, au tit. II, *Des juges*, chap. VI, *Des assises et des jurés*, les sect. II et III, *Choix des jurés et formation des listes*, art. 84-110, *Composition définitive du jury*, art. 111-121.) Le rapport De Falco, § 2, I, l'expose en ces termes : « Dans chaque commune est faite une liste de ceux qui remplissent les conditions requises pour être jurés, et comme il n'en est pas exigé d'autres que de savoir lire et écrire, d'avoir trente ans et pas plus de soixante, et d'être électeur politique, cette liste coïncide avec celle des électeurs. Une commission communale, composée du maire et de deux conseillers, revoit la liste chaque année, mais seulement pour y ajouter les nouveaux et effacer les décédés ou les incapables. Les réclamations contre cette liste peuvent être adressées à la junte municipale [1] qui délibère et envoie au sous-préfet la liste, les réclamations et ses délibérations. Seul le sous-préfet statue sur les réclamations; il peut même d'office ajouter ou retrancher des noms, après avoir entendu les juntes municipales. On peut se pourvoir contre son arrêté devant la Cour d'appel qui statue, en ayant égard seulement soit aux titres légaux d'inscription ou d'exclusion, soit au refus que la junte ou le sous-préfet aurait fait de prononcer sur une réclamation. Les listes sont ensuite envoyées au préfet, qui en forme une par chaque cercle d'assises. Si, comme il arrive ordinairement, le nombre des inscrits dépasse celui des jurés attribués à chaque cercle, il se fait deux réductions; une moitié de cet excédant est éliminée par une commission provinciale composée du président et de deux membres du conseil provincial, et l'autre, par le préfet, après l'avis du conseil de préfecture. La liste des jurés suppléants se fait de la même manière, en la composant de jurés demeurant au lieu où siégent les assises. »

L'organisation de 1865 maintient en grande partie celle de 1859. Les deux principales innovations sont les suivantes : 1° La liste permanente est revue par une commission communale,

[1] La junte municipale est distincte du conseil municipal ou communal, dans le sein duquel elle est élue par le conseil lui-même; elle se compose du maire et d'un nombre d'assesseurs qui varie selon la population. Ses attributions ne se confondent ni avec celles du conseil municipal, ni avec celles du maire. V. loi du 20 mars 1865, *sur l'administration communale et provinciale*, art. 10, 12, 91-96.

Digitized by Google

au lieu de l'être par le maire seul, réforme que l'on peut dire libérale, tandis que l'autre présente, au moins en partie, un caractère opposé : 2° ce n'est plus, en effet, la commission de chaque commune qui choisit les jurés de la liste annuelle, mais d'une part la commission du conseil provincial, et d'autre part le préfet, procédant par voie d'élimination. En somme, l'autorité provinciale et gouvernementale est ici substituée à l'autorité communale. On a voulu, ainsi que le déclarait le gouvernement en présentant l'organisation de 1865, *soustraire la composition des listes aux influences locales.* Ces influences étaient considérées comme agissant dans le sens d'une mauvaise composition du jury. L'office de juré étant regardé dans la pratique, non comme un droit ou un honneur, mais comme une fonction onéreuse dont il y a lieu de se débarrasser autant que possible, ceux qui pouvaient disposer de quelque influence n'en usaient que pour obtenir de ne pas être mis sur les listes. D'un autre côté, l'indemnité de quelques francs par jour, insignifiante pour quelques-uns, était au contraire pour d'autres une véritable indemnité, quelquefois même une ressource momentanée; enfin l'abus des dispenses et des récusations venant encore s'y ajouter, on voyait trop souvent manquer sur les listes les noms de ceux qui auraient offert les meilleures garanties, tandis que d'autres jurés étaient appelés à six, huit et même jusqu'à neuf sessions dans une même année.

Si la loi de 1865 a pu redouter les influences locales et cherché à empêcher qu'il en fût fait ce mauvais usage, elle n'a pas atteint son but; elle ne les a pas fait disparaître, elle les a seulement déplacées; il est d'ailleurs fort difficile, pour ne pas dire impossible, d'empêcher qu'elles s'exercent dans le sens ci-dessus indiqué, tant elles sont ingénieuses à se présenter sous mille formes. En somme, la composition des listes sous l'empire de la loi de 1865 n'a paru nullement meilleure que celle qui se faisait sous l'empire de la loi de 1859[1].

L'idée de prendre pour base des fonctions de juré la capacité électorale politique est presque unanimement condamnée en Italie. Outre l'erreur théorique qu'il y a à confondre deux

[1] Cp. sur ce point et sur plusieurs autres les intéressants articles de M. L. Casorati, *sur les réformes de la procédure pénale en* 1865, spécialement le huitième, *Archivio giuridico*, t. V, 1870, p. 155-171, et de M. F. Serafini, même revue, t. VIII, 1871, p. 513-9.

Digitized by Google

fonctions très-distinctes, on y signale un inconvénient pratique évident : des fluctuations incessantes peuvent ainsi se produire dans les conditions requises pour les fonctions de jurés, par l'effet de lois, non pas judiciaires, mais politiques ou de finances.

On s'accorde aussi, généralement, à trouver trop faible le chiffre du cens, et à penser que la préfecture a une trop grande ingérence dans la composition des listes, ainsi qu'à vouloir y donner une part à l'autorité judiciaire que l'organisation actuelle, comme la précédente, exclut entièrement.

En présence de l'augmentation de la criminalité en Italie, plusieurs pensent que le jury avec ses bases actuelles, a pu y contribuer. Toutefois il faut reconnaître que ce triste résultat dépend encore de beaucoup d'autres causes.

Beaucoup de personnes en Italie vont jusqu'à demander la suppression du jury; mais c'est une opinion qui paraît perdre chaque jour du terrain. Le jugement, porté autrefois par Napoléon Ier, puis par le législateur autrichien, que cette institution ne convenait pas à l'Italie, est généralement regardé comme démenti par les faits, et le rapport ministériel précité dit à ce sujet que le jury « ne s'est nullement montré, comme on l'avait craint, incompatible avec les traditions, les habitudes et les mœurs du pays. » C'est donc, non sa suppression, mais son amélioration qui est à l'ordre du jour, et l'on s'attache avec raison à la formation des listes comme au point important et au cœur même de l'institution.

Je termine ce résumé de quelques-unes des critiques dirigées contre la loi italienne en traduisant le passage du rapport De Falco où sont indiqués les trois défauts principaux du jury italien actuel :

« 1) Les verdicts n'ont pas toujours été dictés par un examen des faits intelligent, mesuré et sans passion; il a été prononcé quelquefois des acquittements contraires à la conscience publique, malgré des preuves manifestes de culpabilité.

« 2) Il s'est révélé généralement, même chez des hommes respectables par leur probité et leur intelligence, une assez grande apathie pour l'exercice des fonctions de juré; ils ont supporté avec indifférence, peut-être même avec satisfaction, leur exclusion des listes, et sont même allés jusqu'à essayer de tous les moyens pour en être exclus.

Digitized by Google

« 3) Enfin, les commissions communales et provinciales auxquelles a été confiée la composition des listes n'ont pas toujours paru comprendre suffisamment la gravité de leur mandat; elles n'ont pas toujours et partout été assez résolues à ne point donner accès aux influences particulières, tendant à soustraire aux fonctions de juré ceux qui en avaient le devoir et qui y étaient précisément les plus aptes. »

L'auteur du projet italien résume ainsi le but qu'il se propose : « Améliorer la masse des jurés en appelant des personnes dont on puisse attendre plus sûrement capacité, honnêteté et fermeté; établir des règles et des garanties pour que le choix des jurés soit intelligent et impartial. » (§ 1 du rapport, *in fine.*)

Les moyens proposés peuvent se résumer ainsi : 1° séparation de la qualité de juré et de celle d'électeur politique;

2° Adoption, pour la détermination des conditions requises chez le juré, du système *des catégories* recommandé par la plupart des États européens; c'est ce que l'auteur du projet appelle la *capacité prouvée* par fonctions, examens et études;

3° Adoption en outre du cens, comme base de *capacité présumée*, et élévations du cens, de 40 à 100, 200 et 300 lires, selon que le juré réside dans une commune de moins de 50,000 habitants, de plus de 50,000 ou de plus de 100,000 : cette élévation du cens est présentée, « non comme une mesure restrictive, mais comme une peréquation nécessaire pour rétablir l'équilibre; »

4° Confection et épuration des listes générales par *trois* commissions graduées, c'est-à-dire procédant à la révision successivement et dans un ordre hiérarchique, représentant tous les intérêts, la commune, l'arrondissement, la province, l'État, et réunissant tous les éléments de l'administration publique, l'élément électif ou populaire, l'élément politique ou gouvernemental et l'élément judiciaire. Ces trois commissions sont, l'une communale, l'autre d'arrondissement, et la troisième provinciale.

L'élément électif est représenté, dans la première par les conseillers municipaux, et dans la troisième par les conseillers provinciaux (nos conseillers généraux).

L'élément gouvernemental est personnifié, dans la première par le maire (nommé par le roi, loi 20 mars 1865, art. 98), dans la deuxième par le sous-préfet, dans la troisième par le préfet : tous trois présidant leur commission. Enfin l'élé-

Digitized by Google

ment judiciaire, exclu jusque-là, figure en la personne du conciliateur[1] dans la commission communale, en celle des préteurs dans la commission d'arrondissement, et en celle du président du tribunal civil et correctionnel dans la commission provinciale;

5° Recours contre les décisions des commissions, accordé non-seulement aux intéressés personnellement, mais encore *à tout citoyen* majeur;

6° Introduction du système des *récusations motivées* préalablement à la composition définitive du jury et indépendamment des récusations péremptoires. Je reviens spécialement, ci-après, sur cette innovation. (V. n° 14.)

Comparons sommairement ces idées fondamentales du projet italien avec celles des projets français, tant du gouvernement que de la commission; tous deux conçus dans le même esprit, ces deux projets ne présentent que quelques différences de détail.

Le but signalé dans l'Exposé des motifs est de « garantir mieux que le décret de 1848 l'intelligence du jury et son indépendance mieux que la loi de 1853 ».

Comme moyens proposés, nous trouvons d'abord, de même que dans le projet italien, la séparation de la qualité de juré et de celle d'électeur politique, ainsi que la confection des listes par des commissions procédant dans un ordre successif et hiérarchique. Mais les projets français n'admettent plus de liste générale, ils ne veulent que des listes annuelles; les commissions sont au nombre de deux seulement, l'une cantonale et l'autre d'arrondissement; enfin l'élément gouvernemental ou politique est complétement exclu des commissions où sont représentés, l'élément électif par les maires et par les conseillers généraux, et l'élément judiciaire par les juges de paix (figurant dans les deux commissions), leurs suppléants et le président du tribunal civil.

Le système des *catégories* est complétement écarté, tant

[1] Deux magistrats, le *conciliateur* et le *préteur*, se partagent, en Italie, les attributions du juge de paix français. Il y a un conciliateur au moins par commune, chargé non-seulement de la conciliation proprement dite, mais encore d'autres fonctions; il ne reçoit pas de traitement. Il y a un préteur par mandement (*mandamento*), subdivision de l'arrondissement, correspondant au canton français (décret du 6 décembre 1865, sur l'organisation judiciaire, art. 27-40).

Digitized by Google

celui qu'admettent aujourd'hui plusieurs législations (belge, bavaroise, etc.), et que la loi française avait admis en 1810 et 1827, — système de catégories mitigé par un choix ultérieur confié à des commissions, — qu'un autre système plus résolu, consistant dans la désignation directe des jurés par la loi elle-même, sans choix par une autorité quelconque et sans liste annuelle, le tirage au sort des listes de session se faisant directement sur la liste générale composée des catégories légales. Ce dernier système présenté à la commission par deux de ses membres, a été écarté comme offrant des difficultés d'application insurmontables, et comme n'étant pas d'ailleurs suffisamment développé par leurs auteurs. Dans le projet de la commission comme dans celui du gouvernement, les choix des jurés sont essentiellement *individuels* de la part des commissions cantonales et d'arrondissement; la loi se borne à exiger l'âge de trente ans et la jouissance des droits politiques, civils et de famille, et à déterminer les cas d'incapacité et d'incompatibilité.

Ne pouvant donner ici, à cause de leur étendue, la traduction entière du rapport et du projet italien, je me borne à celle des articles les plus importants du projet, en y ajoutant, dans une mesure très-restreinte, quelques observations empruntées au rapport.

Conditions requises et catégories (art. 84). — Pour être juré il faut réunir les conditions suivantes :

I) Être citoyen italien et avoir la jouissance des droits civils et politiques;

II) N'avoir pas moins de trente ans ni plus de soixante;

III) Appartenir à l'une des catégories suivantes, comprenant :

1) Les sénateurs et députés de la législature actuelle ou des précédentes;

2) Les membres et associés des Académies approuvées par le gouvernement et les agrégés des Universités (*dottori dei collegi universitari*);

3) Les avocats et procureurs près les Cours et tribunaux et les notaires;

4) Les docteurs (*laureati*) et licenciés dans une Université et ceux qui ont obtenu licence ou certificat (*cedolati*) dans un lycée, un gymnase ou un institut technique;

5) Les professeurs enseignants ou émérites des Facultés

Digitized by Google

composant les Universités et des autres établissements publics d'instruction supérieure;

6) Les professeurs enseignants ou émérites des établissements publics d'instruction secondaire, classique et technique, et des écoles normales;

7) Les professeurs enseignants ou émérites des Académies des beaux-arts;

8) Les professeurs libres (*insegnanti privati*) autorisés des matières indiquées aux n°s 5, 6 et 7;

9) Les conseillers provinciaux;

10) Les fonctionnaires et employés civils ayant un traitement annuel non inférieur à 2,000 lires ou une pension annuelle non inférieure à 1,000;

11) Les officiers et employés militaires, ayant traitement ou pension non inférieurs aux sommes ci-dessus;

12) Les membres des ordres de chevalerie du royaume;

13) Ceux qui par des publications scientifiques ou littéraires, ou par d'autres œuvres de l'esprit seront réputés capables d'exercer les fonctions de juré;

14) Les ingénieurs, architectes, géomètres ou arpenteurs, calculateurs brevetés (*ragionieri*), liquidateurs et pharmaciens légalement autorisés;

15) Ceux qui sont ou ont été maires d'une commune de 3,000 habitants au moins, ou conseillers municipaux d'une commune d'au moins 4,000 habitants;

16) Ceux qui sont ou ont été conciliateurs;

17) Les membres des chambres d'agriculture, de commerce et arts, les capitaines et pilotes au long cours, les agents de change et les courtiers légalement en exercice;

18) Les directeurs ou présidents des comices agricoles;

19) Les directeurs ou présidents des banques reconnues par le gouvernement et ayant leur siége au chef-lieu d'une commune de plus de 6,000 habitants;

20) Les membres des commissions gouvernementales de syndicat ou de surveillance des établissements de crédit ou autres d'administration publique;

21) Les directeurs et employés des œuvres pies, des établissements de crédit, de commerce et d'industrie, des caisses d'épargne, des sociétés de chemin de fer et de navigation et de tout établissement privé reconnu par le gouver-

Digitized by Google

nement, ayant un salaire non inférieur à 3,000 lires, ou une pension non inférieure à 1,500 ;

22) Ceux qui payent un cens annuel, calculé conformément à la loi électorale politique et non inférienr à 300 lires, dans les communes de 100,000 habitants; à 200 lires, dans celles de 50,000, et à 100 lires, dans les autres;

23) Les commerçants, artisans et industriels libres, qui pour loyer de leur habitation et de leurs ateliers, magasins ou boutiques payent une somme annuelle non inférieure à 1,200 lires, dans les communes de 100,000 habitants; à 700, dans celles de 50,000; à 600, dans celles de 10,000, et 300 dans les autres;

24) Les chefs et directeurs d'un atelier ou établissement industriel où sont employés à un service journalier constant 50 ouvriers au moins, lorsqu'ils payent la moitié du cens ou du loyer fixés dans les numéros précédents.

Incompatibilités (art. 85). — « Ne sont pas inscrits sur la listes des jurés :

1) Les ministres du roi;

2) Les secrétaires généraux et directeurs généraux des ministères;

3) Les membres du Conseil d'État et de la cour des comptes ;

4) Les préfets des provinces et les sous-préfets des arrondissements;

5) Les ministres d'un culte quelconque;

6) Les militaires et ceux qui leur sont assimilés, en service effectif;

7) Les officiers, employés et agents de la sûreté publique;

8) Les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, excepté les conciliateurs ;

9) Les huissiers. »

Dispenses (art. 86). — « Sont dispensés des fonctions de juré :

1) Les députés, pendant leur mandat;

2) Les employés du gouvernement dans les douanes, taxes et enregistrement, postes et télégraphes, quand leur emploi a un seul titulaire;

3) Les médecins, chirurgiens et vétérinaires payés par les communes (*condotti*), les pharmaciens et les notaires des communes, où il n'y a qu'un seul titulaire de ces offices. »

Digitized by Google

« Sont dispensés sur leur demande :

1) Les sénateurs;

2) Les employés du gouvernement dont l'emploi a un seul titulaire. »

Incapacités (art. 87). — « Sont incapables des fonctions de juré :

1) Ceux qui ne savent pas lire et écrire ;

2) Les domestiques, avec ou sans salaire ;

3) Ceux qui ont été condamnés à une peine emportant interdiction des fonctions de juré, ou à qui ces fonctions ont été interdites par jugement ;

4) Ceux qui ont été condamnés pour crime, soit à une peine criminelle, soit, par l'effet d'excuses ou de circonstances atténuantes, à une peine correctionnelle;

5) Les condamnés à une peine quelconque pour délits contre la foi publique ou la tranquillité publique, ou pour vol, escroquerie, appropriation indue ou fraude, recel ou facilités données à la vente de choses volées, concussion, soustraction commise par des officiers ou des dépositaires publics, corruption, contrebande, calomnie, faux témoignage, délits contre les bonnes mœurs et offenses à des juges ou jurés ;

6) Ceux qui sont en état d'accusation ou de contumace, ou sous mandat d'arrêt, ou qui pour un des délits ci-dessus indiqués sont sous mandat de comparution ;

7) Ceux qui ayant été absous de l'imputation d'un crime ou d'un des délits ci-dessus, ou ayant obtenu ordonnance de non-lieu, n'ont pas obtenu et ne peuvent obtenir, aux termes du Code de procédure pénale, que l'imputation soit effacée des registres;

8) Les officiers publics exclus ou destitués, et les avocats et procureurs rayés du tableau par délibération du conseil de l'ordre ;

9) Les personnes suspectes selon le Code pénal ;

10) Les faillis non réhabilités ;

11) Les interdits et les individus *inhabilités* (faibles d'esprit, prodigues) ;

12) Ceux qui par défaut physique ou intellectuel ne sont pas réputés aptes aux fonctions de juré ;

13) Ceux qui ont été condamnés à l'emprisonnement pour délit volontaire autre que ceux mentionnés aux n°s 3 et 4

Digitized by Google

sont incapables pour un temps égal à la durée de leur peine, qui ne peut cependant être de moins d'une année à dater de l'expiration de la peine. »

Le rapport, § 1, VII, *in fine*, insiste sur les avantages qu'il y a à prononcer expressément l'incapacité pour défaut physique ou intellectuel, afin de donner au juge un texte qui, le cas échéant, lui permette directement de prononcer une nullité, et d'avertir la commission municipale qu'elle a le droit et le devoir d'exclure de la liste ceux qui ont un tel défaut physique ou intellectuel.

Il y a lieu de remarquer la proportion que le § 13 de l'article précité établit entre l'incapacité temporaire et la durée de l'emprisonnement qui entraîne cette incapacité. Le rapport signale comme injuste la disposition de la loi française qui n'admet pas de proportion semblable.

Opérations des commissions et voies de recours, art. 88-95. — « Art. 88. Avant le mois de septembre qui suivra la publication de la présente loi, dans chaque commune du royaume, une commission municipale dressera la liste de tous les citoyens y résidants et réunissant les conditions déterminées à l'article 84, en indiquant pour chacun les nom et prénom, le nom du père, la condition, le domicile et la résidence. Cette liste est permanente.

La commission est composée du maire ou de celui qui le remplace, président, du conciliateur et de trois conseillers, élus par le conseil municipal à la majorité absolue des voix, ainsi que trois autres conseillers chargés de les suppléer.

Art. 89. Les années suivantes, la commission municipale, composée comme il est dit en l'article précédent, procède, avant le mois de septembre, à la révision de la liste; elle efface les noms de ceux qui sont décédés ou qui ont perdu les conditions requises pour être juré, ajoute les noms de ceux qui les ont acquises, et fait les rectifications que comporte le changement de condition, de domicile et de résidence de chaque juré.

Art. 90. La liste dressée ou revue par la commission est publiée à la porte de la maison commune; une copie de cette liste reste affichée au bureau de l'administration municipale, avec faculté à chacun d'en prendre connaissance.

Art. 91. Ceux qui se croient indûment inscrits ou omis, et tout citoyen majeur, peuvent présenter leurs réclamations à

Digitized by Google

la junte municipale dans les dix jours de la publication de la liste.

La junte délibère sur les réclamations dans les dix jours qui suivent, et transmet immédiatement au sous-préfet de l'arrondissement la liste, les recours et les délibérations y relatives.

Art. 92. Dans le chef-lieu de chaque arrondissement, une commission composée du sous-préfet qui la préside et de tous les préteurs de l'arrondissement, prononce sur les réclamations.

La même commission, après informations près des autorités locales, revoit la liste, et, la junte municipale de chaque commune étant entendue, peut d'office ajouter ou retrancher les noms de ceux qui, à son avis, ont été indûment omis ou inscrits. Elle réunit les listes et procède à l'approbation définitive de la liste de l'arrondissement. Sa décision, avec les rectifications, est publiée dans chaque commune avant la fin d'octobre.

Dans les chefs-lieux de province, les fonctions de sous-préfet sont remplies par un conseiller de préfecture choisi par le conseil.

Art. 93. Quiconque croit avoir un motif fondé de contredire les délibérations de la commission dont parle l'article précédent ou de se plaindre d'un déni de justice, peut intenter une action devant la Cour d'appel, en notifiant sa demande au sous-préfet sous peine de nullité, dans les dix jours de la publication de la décision de la commission, quelle que soit la distance.

La cause est jugée sommairement comme urgente, sans que soit nécessaire le ministère d'un procureur, sur rapport fait en audience publique par un des conseillers de la Cour, ouï la partie ou son procureur s'il s'en présente, ainsi que le ministère public dans ses conclusions orales.

Art. 94. Les listes approuvées, conformément à l'article 92, sont immédiatement transmises au préfet, qui, par chaque cercle d'assises, forme une liste générale par ordre alphabétique de tous les jurés, avec les indications énumérées en l'article 88.

Art. 95. Dans le chef-lieu de chaque province, il y a une commission composée du préfet, qui la préside, du président du tribunal civil et correctionnel et de trois conseillers pro-

Digitized by Google

vinciaux, élus chaque année par le conseil provincial, à la majorité absolue des voix ainsi que trois suppléants, autant que possible parmi les membres appartenant aux différentes parties de la province.

Cette commission, avant la fin de novembre, examine la liste générale des jurés de chaque cercle, et par voie d'élimination elle en réduit le nombre à celui qui est établi dans l'article suivant. »

— Cet article (96) le fixe à mille pour le cercle de Naples, à 600 pour celui de Milan, à 450 pour ceux de Rome, Turin, Palerme, Florence, etc..., sans indiquer la proportion par habitant, ou autre; le rapport n'en indique pas non plus.

Exonération de ceux qui ont rempli les fonctions de juré pendant l'année courante et la précédente, art. 98 et 109. — « Art. 98. Si la liste générale de chaque cercle comprend seulement le nombre d'individus attribués à ce cercle ou un nombre moindre, tous sont destinés à remplir les fonctions de juré pendant l'année suivante; si le nombre est inférieur à cent, le cercle est temporairement réuni au cercle le plus voisin, désigné par décret royal.

Si le nombre des inscrits dépasse de moitié le double de celui des jurés attribué à chaque cercle, l'élimination établie par l'article 95 sera faite de manière à exonérer autant que possible ceux qui ont rempli les fonctions de juré l'année précédente.

Art. 109. Ceux qui ont effectivement rempli les fonctions de juré dans une session, comme juré ordinaire ou suppléant, ne sont plus appelés aux sessions qui se tiennent dans le reste de l'année. A cet effet, le président de la Cour d'assises, à l'expiration de chaque quinzaine, communique leur nom au président du tribunal qui en faisant les tirages mentionnés aux articles 105 et 106, après avoir ouvert les fiches gardées par le greffier conformément à l'article 105, place les noms des jurés qui ont fourni le service dans deux urnes spéciales portant cette indication : *jurés ordinaires* et *jurés suppléants qui ont fourni le service*, et remet dans les urnes ordinaires les noms de ceux qui, pour une cause quelconque ne l'ont, pas fourni. Si pendant l'année celles-ci sont épuisées, on y replace, pour les tirages subséquents, même les fiches qui se trouvent dans les urnes spéciales. »

Du cas où l'une des commissions n'accomplit pas ses opéra-

Digitized by Google

tions dans le temps fixé (art. 103). — « Si les commissions communales, les conseils provinciaux ou les conseillers désignés par eux négligent d'accomplir dans le temps fixé les opérations prescrites par la présente loi, celles qui sont confiées à la commission communale seront accomplies par le sous-préfet de concert avec les préteurs, et celles de la commission provinciale par le préfet de concert avec le président du tribunal. Si le conseil communal ou provincial se trouve dissous, les opérations seront respectivement accomplies par le commissaire du gouvernement délégué pour l'administration de la commune, ou par le préfet avec le président du tribunal.

Ceux qui manquent ou refusent d'accomplir les fonctions que leur attribue la loi ou qui, requis par l'autorité compétente, refusent de donner les renseignements nécessaires pour la formation des listes ou en donnent sciemment de faux, sont punis d'une amende de 51 à 300 lires. »

Des récusations motivées (art. 113-115). — « Art. 113. La présence de trente jurés, tant ordinaires que suppléants, étant constatée, le président les fait retirer dans la salle qui leur est destinée. Il donne ensuite à huis clos, et en présence du ministère public, de l'accusé et de son défenseur, lecture des noms des trente jurés dans l'ordre du tirage au sort, et demande aux parties si elles ont des réclamations motivées à proposer contre eux.

Art. 114. La récusation motivée peut être proposée par le ministère public et par l'accusé dans les cas suivants :

1° Si le juré est conjoint, parent ou allié au quatrième degré inclusivement de l'accusé ou de celui qui a souffert du délit, ou s'il est son père ou fils adoptif, son tuteur, protuteur ou pupille ;

2° Si le juré est dénonciateur, plaignant, mandataire ou défenseur, s'il a donné conseil dans la cause ou fait des avances pour les frais ;

3° S'il a été ou doit être entendu comme témoin ou expert, ou s'il a eu une part quelconque à l'instruction de la cause ;

4° S'il est compris parmi les personnes mentionnées aux articles 85 et 87 (incompatibilités, incapacités).

Dans les causes où il y a plusieurs accusés, chacun peut exercer séparément le droit de récusation motivée.

Digitized by Google

Les récusations motivées se présentent par écrit et doivent être appuyées par des certificats des autorités compétentes, sauf le cas où le ministère public et l'accusé sont d'accord sur l'existence de la cause de récusation.

Art. 115. Les récusations motivées ne donnent lieu ni à instruction ni à discussion. La Cour en délibère; le recours contre sa délibération ne suspend pas l'examen de la cause.

Lorsque par suite de l'admission de récusations motivées il ne reste plus trente jurés tant ordinaires que suppléants, le président tire au sort les noms d'autres jurés suppléants, jusqu'à ce que soit atteint le chiffre de trente jurés non récusés.

La présence de trente jurés non récusés étant constatée, le président place leurs noms dans une urne; après quoi n'est plus admise aucune demande de récusation motivée.

Le président procède ensuite au tirage au sort des noms des quatorze jurés destinés au jugement de la cause. Les deux jurés dont les noms sont extraits les derniers sont supplémentaires. »

— Le rapport (n° VII du § 2) présente les *récusations motivées* comme une importante innovation du projet, destinée à empêcher le retour de discussions et de décisions qui blessent le sens moral. D'après la loi actuelle, le nombre des récusations péremptoires étant épuisé, il faut accepter les quatorze jurés qui restent. Il peut y avoir parmi eux un parent, un témoin...; sans doute on peut, et c'est ce que l'on a coutume de faire en pareil cas, lui accorder l'exemption, mais il faut qu'il en fasse la demande. Il peut ne pas faire cette demande, il peut aussi s'élever une discussion, il y en a eu des exemples, sur le point de savoir si l'exemption a été légalement accordée. D'ailleurs ce n'est point d'exempter qu'il s'agit, mais d'exclure.

Des récusations péremptoires (art. 116, 117). — « Art. 116. Dans l'ordre du tirage au sort des noms des jurés le ministère public et après lui l'accusé peuvent en récuser huit chacun, sans donner de motif. La récusation doit être faite au moment du tirage de chaque nom. Le nombre de quatorze jurés non récusés étant atteint, le tirage cesse et le jury est composé.

Art. 117. S'il y a plusieurs accusés dans la cause, ils peuvent s'entendre pour exercer en commun ou séparément la

Digitized by Google

récusation dont parle l'article précédent. La récusation peut avoir lieu tant que n'est pas atteint le chiffre de quatorze noms, en ajoutant ceux qui restent dans l'urne à ceux qui en ont été extraits sans être récusés par les accusés ou le ministère public.

A défaut d'accord entre eux, le sort règle l'ordre dans lequel ils seront admis à récuser; les jurés sortis et récusés par l'un dans l'ordre ainsi fixé sont récusés pour les autres, jusqu'à ce que soit épuisé le nombre des récusations permises.

Si l'accord entre plusieurs accusés ne concerne qu'une partie des récusations, les autres, dans la limite fixée, peuvent se faire par chacun dans l'ordre que déterminera le sort. »

— Les récusations péremptoires sont maintenues par le projet après les récusations motivées, parce qu'il n'est pas toujours possible, ni convenable, d'alléguer les motifs d'un manque de confiance. Mais l'article 116 veut mettre fin à un abus dont les procureurs généraux étaient presque unanimes à se plaindre et qui souvent rendait illusoire le droit de récusation accordé au ministère public. D'après la loi actuelle (art. 116 du décret de 1865), il peut récuser huit noms, et l'accusé huit autres; mais s'il en récuse moins de huit ou n'en récuse aucun, l'accusé peut récuser tous ceux qui dépassent le chiffre de quatorze. Il arrive ainsi que l'accusé récusant tous ceux que le ministère public accepte, par cette défiance qui le porte à rejeter tout ce qu'admet l'accusation, les noms que le ministère public aurait récusés sont compris dans les quatorze qui ne sont plus récusables. Le projet établit que, sur les trente noms, le ministère public et l'accusé en peuvent récuser chacun huit et pas davantage, et que dès qu'est obtenu le chiffre de quatorze non récusés, le jury est composé. Le système actuel n'est maintenu que dans le cas où il y a plus d'un accusé en cause afin de respecter chez tous le principe de la récusation, c'est-à-dire le choix de son propre juge.

— *Tirage de divers jurys pour un même jour; clôture définitive de la formation du jury*, (art. 118.) — « Quand plusieurs causes doivent être débattues le même jour, on peut, du consentement du ministère public et des accusés, composer, d'après les articles précédents, le jury de chaque cause, avant de commencer les débats de la première. Les jurés qui ne font pas partie du jury de ces causes sont licenciés.

Le tirage des jurés étant fait sans que le ministère publ ic

Digitized by Google

ou l'accusé ait proposé de demande ni d'exception, aucun recours n'est plus admis contre la légalité du jury, soit quant à l'observation des formes, soit quant aux personnes. »

— Le rapport signale le § 1er de l'article 118 comme apportant une facilité qui évitera des pertes de temps; mais il déclare inadmissible le système proposé par quelques-uns et dont la loi anglaise et d'autres offrent des exemples, de faire servir, du consentement des parties, le même jury pour toutes les causes d'un même jour.

Le principe de clôture définitive de la période de formation du jury, contenu dans le § 2 de l'article 118, est emprunté à la loi de l'île de Malte.

Pénalités (art. 119-121). — « Art. 119. Ceux qui, malgré la notification à eux faite, ne se trouvent pas à l'audience ou refusent de remplir les fonctions de juré, sont condamnés à une amende de 100 à 1,000 lires, par arrêt de la Cour d'assises prononcé avant l'ouverture des débats.

Ceux qui, sans permission de la Cour, s'absentent avant la fin des débats ou l'expiration de la quinzaine, ou qui, par leur faute, rendent impossible la délibération du jury ou sa déclaration, sont condamnés par la même Cour, indépendamment de l'amende, au remboursement des frais inutiles occasionnés au trésor public, et aux dommages et intérêts envers les parties.

Art. 120. Ceux qui, condamnés pour ne pas s'être présentés à l'audience, justifient dans les quinze jours de la signification de l'arrêt, de l'impossibilité où ils ont été de s'y trouver, sont relevés par la Cour des conséquences de la condamnation.

Si avant leur instance à cet effet, la session de la Cour d'assises est close, l'instance est portée devant la Cour d'appel, section des appels correctionnels, et jugée par elle sur la seule lecture du recours et des pièces qui s'y rapportent. Dans les deux cas, le ministère public doit être entendu.

Art. 121. Ceux qui ont été condamnés trois fois de suite aux termes de l'article 119 sont *exclus* pour trois à cinq ans *du droit d'élection et d'éligibilité*. L'arrêt qui prononce la condamnation détermine la durée de l'exclusion. »

— Le rapport présente cette innovation comme nécessaire,

Digitized by Google

en raison de l'insuffisance des amendes prononcées contre les jurés qui ont de la fortune.

Système de M. Pizzamiglio sur la composition des listes. — Je ne me suis occupé, dans ce qui précède, que du projet et du rapport ministériels. Il n'est pas, ce me semble, hors de propos d'ajouter ici une analyse des idées contenues sur le même sujet dans un ouvrage tout récent d'un avocat de Milan, M. Clem. Pizzamiglio. Son livre n'est autre que le mémoire couronné par l'Institut lombard, qui avait mis au concours pour 1871 une étude sur le jury en Italie [1]. On y trouve traitées toutes les questions qui se rattachent à l'institution du jury. La formation du jury et la composition des listes sont, aux yeux de l'auteur, un point fondamental, aussi y insiste-t-il tout particulièrement; appelé par le ministère à faire partie de la commission chargée de préparer le projet de loi, il y a fait admettre plusieurs de ses idées ; je ne signale ici que celles qui diffèrent plus ou moins du projet ministériel.

Le jury, selon lui, doit être une institution exclusivement judiciaire ; c'est parce qu'on lui a donné en France et ailleurs un caractère politique qu'il a subi des secousses violentes et de tristes vicissitudes.

Il regarde comme également erroné soit de vouloir exclure du jury l'homme du peuple, soit de le considérer comme le meilleur juré : il importe que les conditions diverses de la société soient mélangées dans le jury, tant pour ne pas créer une tyrannie redoutable que pour éviter les chances de dispute interminable sur la culpabilité, ce qui excite la critique étant l'égalité des conditions.

Partisan des catégories, il est, avec M Casorati, d'avis de se fier le moins possible aux exécuteurs de la loi. Il ne va pas cependant jusqu'à proposer le système des catégories direct, absolu, sans choix par qui que ce soit. Admettant d'une part qu'un choix est nécessaire pour écarter des individus notoirement immoraux, voulant d'un autre côté éviter autant que possible l'arbitraire, il propose, avec d'assez longs développements et un projet de règlement en 26 articles, un système dont j'indique seulement les traits principaux.

[1] *Dei giurati in Italia* (mémoire couronné par la commission du prix Ravizza, Institut lombard), Milan, 1872. (Voir les pages 196 à 248.)

Digitized by Google

Il confie la composition des listes à *deux* commissions, l'une cantonale (*mandamentale*), composée de cinq membres, l'autre dite d'appel, composée de dix à vingt membres, selon le ressort. Il en exclut complétement l'élément gouvernemental ou politique et veut qu'elles n'aient de contact qu'avec la justice, le président du tribunal nommant les membres de la commission cantonale, et le premier président de la Cour d'appel, ceux de la commission d'appel. Il demande que les membres de ces commissions, nommées pour deux ans et rééligibles, jouissent des mêmes honneurs que les membres mêmes des tribunaux et des Cours : « Donnez leur, dit-il (p. 241), une position honorée et élevée, et les aspirations ne manqueront pas; imposez-leur une responsabilité personnelle, et vous aurez un travail constant et précis. »

Statistique. — Je termine par un résumé de la note statistique concernant les jurés en Italie pour 1870. (Cette note forme l'annexe II, à la suite du projet De Falco.)

Les électeurs politiques étaient au nombre de 526,724.

Déduction faite en raison des incapacités, incompatibilités et dispenses, le nombre des électeurs politiques inscrits comme jurés sur les listes originaires des communes était de 302,224. Les éliminations opérées par la commission provinciale et par le préfet, jointes aux radiations sur réclamations admises, réduisirent ce nombre à 30,955, dont voici la profession :

13.611 propriétaires faisant valoir leurs biens;
2,298 négociants en gros, fabricants, banquiers, armateurs;
827 agents de change, courtiers, industriels, merciers et autres exerçant le petit commerce;
4,717 avocats, procureurs et notaires;
1,670 médecins, chirurgiens et vétérinaires;
899 pharmaciens et droguistes;
42 maréchaux-ferrants, phlébotomistes et dentistes;
365 professeurs et maîtres dans toutes les branches, tant publics que privés;
247 hommes de lettres et artistes;
2,145 ingénieurs, géomètres, arpenteurs, mécaniciens, calculateurs brevetés et autres semblables;

Digitized by Google

922 employés royaux provinciaux, communaux, de sociétés ou de maisons particulières ;
2,094 agriculteurs, propriétaires, colons, fermiers, métayers, régisseurs, agents de campagne et autres semblables ;
20 artisans de tout genre ;
698 professions et occupations diverses autres que les précédentes.

Ces jurés ont été appelés à 573 sessions qui ont duré 10,057 jours.

Sur 6,343 qui ont fait défaut, 767 ont été condamnés (mais 661 ont été relevés de l'amende), les autres étant dispensés par suite de citation irrégulière (332), d'incapacité légale (184), d'incompatibilité et autres excuses légales (548), de maladies, absence... (4,330), décédés (290).

Le droit de récusation a été exercé par le ministère public dans 26,176 cas, et par les accusés dans 31,505.

ERNEST DUBOIS.

DE LA SAISINE HÉRÉDITAIRE DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Par M. H. THIERCELIN, avocat à la Cour d'appel.

Nous avons essayé, à cette même place (*Revue critique*, juillet 1870, t. XXXVII, 1re livr.), de préciser les caractères de l'ancienne saisine coutumière, en les reliant entre eux et en suivant la saisine depuis les plus anciens coutumiers jusqu'à notre droit moderne. Nous voudrions envisager ici la saisine sous un aspect particulier qui n'a pu être touché qu'en passant dans notre première étude, et montrer ce que devient la saisine quand le saisi vient à mourir laissant des héritiers naturels. Une ancienne maxime, aussi connue que mal comprise, disait : *Le mort saisit le vif son hoir.* Quel était au vrai le sens de cette maxime? C'est une question qui a son intérêt, la maxime étant passée dans l'article 724 de notre Code civil.

Pour y répondre, il faut distinguer deux époques de notre ancien droit coutumier : celle du droit coutumier primaire, qui nous est connu par les anciens coutumiers des XIIIe et XIVe siècles, dont les monuments les plus purs, les plus considérables et les plus précieux sont les Établissements de

Digitized by Google

saint Louis et surtout les coutumes du Beauvoisis de Beaumanoir, et celle du droit coutumier secondaire qui est tout entier dans les coutumes rédigées et dans la jurisprudence des Parlements. Pour plus de simplicité et de clarté, nous écarterons les textes qui ne touchent à la question que de loin, et nous ne nous arrêterons qu'à ceux qui peuvent véritablement l'éclairer.

I.

Le principe de la saisine héréditaire est posé dans presque tous les monuments du droit coutumier primitif qui nous sont parvenus. La maxime : *Le mort saisit le vif son hoir* est écrite dans les Établissements de saint Louis (liv. II, ch. IV); on la trouve exprimée en des termes différents dans le Conseil de Pierre Defontaines : *Li plus procheins est en seisine de l'éritage au mort* (ch. XXII, 19); *de toz les biens au mort sont li hoir mis en seisine* (ch. XXXIII, 16); dans les coutumes du Beauvoisis de Beaumanoir : *Il* (*l'héritier*) *pot entrer en la coze dont droit ou coutume li donne la sesine, sans parler au seigneur* (ch. VI, 4); dans les Décisions de J. Desmares : *Mort saisit son hoir vif* (*déc.* 234); dans le Grand Coutumier : *Le hoir se peut dire incontinent après la mort de son prédecesseur, mis en possession et saisine des biens du trépassé* (liv. II, *Des cas de novelletés*), etc., etc. Mais cette règle n'est pas absolue et le sens n'en est pas toujours précisé. Pour la comprendre, il faut se faire une idée bien nette de la propriété féodale; faute de cela, le principe de la saisine héréditaire mal entendu sera plus dangereux qu'utile si l'on veut l'invoquer sous l'empire de notre droit moderne.

A la dissolution de l'empire de Charlemagne, toute l'Europe occidentale se fractionna en une multitude de petites souverainetés; on vit s'établir alors ce régime des fiefs qui eut, comme tous les régimes, sa période de développement et sa période de décroissance. Qu'était-ce que le fief? un héritage concédé par un seigneur à un vassal, à charge de foi, hommage et services nobles, avec rétention de la seigneurie directe. Le vassal devait au seigneur fidélité et promesse de fidélité; il était son homme (d'où le mot *homagium*); mais vassal vis-à-vis d'un seigneur, il pouvait être lui-même seigneur vis-à-vis d'un autre vassal, au moyen d'une sous-inféodation. Les sous-inféodations se multiplièrent à mesure

Digitized by Google

que se développa ce système féodal. Dans sa période de décroissance, les petits fiefs étaient en quelque sorte entrés dans le commerce, et la foi et hommage n'était plus qu'une vaine cérémonie.

Le caractère de l'autorité féodale était ainsi, comme on voit, et comme l'a dit avec vérité M. Guizot (*Histoire de la civilisation en France*, t. III, leç. 3e), la réunion dans une même main du droit de souveraineté et du droit de propriété; le seigneur, dans son fief, était souverain et maître, souverain des personnes, maître de la terre. S'il avait au-dessus de lui un autre seigneur, il était seigneur *subordinate, diverso jure et diversis respectibus*, comme le dira plus tard Dumoulin. Quant au peuple, on le chercherait en vain jusqu'à l'époque des révolutions communales; il n'existait pas. Au-dessous des possesseurs de fiefs, les serfs de la glèbe travaillaient et vivaient dans l'ombre. Cependant au XIIIe siècle, on voit dans les jurisconsultes du temps toute une classe assez nombreuse de *franchommes de poeste*, d'hommes libres soumis au seigneur seulement à raison de ses droits de justice et d'un cens à payer s'ils sont possesseurs de quelque héritage dans le ressort de sa seigneurie, ayant d'ailleurs la pleine liberté de leurs personnes.

C'était une des conséquences du principe féodal que l'héritier du fief ne pouvait en prendre possession et jouir des droits concédés par le titre d'inféodation qu'après avoir prêté foi et hommage à son suzerain, et après avoir reçu de celui-ci l'investiture du fief. Nous avons fait connaître la forme de cette investiture d'après les Établissements de saint Louis, quand nous avons exposé la théorie de la saisine coutumière (*Revue critique*, t. XXXVII, p. 81). En cet état il n'eût pas été vrai de dire que le mort saisit le vif, puisque l'investiture n'était autre chose que la mise en possession, la mise en saisine de l'héritier.

Aussi la maxime : *Le mort saisit le vif* n'était-elle pas une maxime du droit féodal; elle l'eût, au contraire, détruit. C'est dans le droit coutumier qu'on la voit naître. Il est au plus haut point remarquable que le principe de liberté de la saisine héréditaire est né précisement du dédain des hommes du fief à l'égard des *gens de poeste*, soit *serfs de la glèbe*, soit *franchommes*.

Lorsqu'en effet le propriétaire d'un héritage vilain aliénait

Digitized by Google

son héritage, originairement l'acquéreur devait requérir d'être ensaisiné, mis en possession, reconnu comme propriétaire par le seigneur ou par son juge. Le vendeur se dessaisissait de l'héritage aliéné entre les mains du seigneur et celui-ci transférait la saisine à l'acquéreur; il y avait alors *vest et devest*, *werp*, *adhéritement* (*Revue critique*, t. XXXVII, p. 82). Dans ce système la saisine ne passait pas directement du propriétaire à l'acquéreur; elle faisait retour au seigneur, et celui-ci prenant en considération l'acte d'aliénation, obtempérait à la prière du propriétaire et ensaisinait l'acquéreur (Beaumanoir, *Coutumes du Beauvoisis*, VI, 6 et LI, 20 et 21). Cela est si vrai que si l'acheteur n'était pas du lignage du vendeur, ou s'il était étranger au fief, hors de sa mouvance, le seigneur pouvait opérer la *rescousse* de l'héritage aliéné, le retraire, c'est-à-dire garder pour soi l'héritage en en payant le prix au vendeur (*Ibid.*, LI, 20 et suiv.). L'ensaisinement fût-il originairement nécessaire quand l'héritage était acquis par voie de succession? Il serait difficile de le dire, quoiqu'on puisse le supposer quand on voit qu'au temps encore de J. Desmares il y avait certaines coutumes locales où l'ensaisinement par le seigneur était dans ce cas même requis (*déc.* 234). Quoi qu'il en soit, c'était le caractère de la propriété féodale que nulle mutation ne pouvoit avoir lieu dans le fief sans le consentement du seigneur. Investiture pour les fiefs, ensaisinement pour les héritages tenus en censive, telle était la condition première et essentielle à laquelle était subordonnée la possession légitime du sol, soit qu'il s'agît de biens nobles, soit qu'il s'agît de biens roturiers.

Mais si dans l'origine l'ensaisinement solennel par le seigneur ou son juge conférait seul la saisine ou possession légitime des biens roturiers (V. Chopin, *De more parisiense*, tit. XI, n° 19), cette rigueur du droit féodal s'adoucit avec le temps. On arriva à reconnaître que la possession d'an et jour équivalait à l'ensaisinement et conférait la saisine. Cette saisine par possession d'an et jour s'appela vraie saisine. Il est dit dans le Livre de jostice et de plet : *Nos apelons vraie sesine quand aucuns remaint sezi an et jor e la veue et à la seue de celui qui demander puet et ne veaut demander et se tet*, (V. notre Étude, *Revue critique*, t. XXXVII, p. 83.) Dans certaines contrées cet usage d'attendre patiemment que la possession d'an

Digitized by Google

et jour conférât la saisine à l'acquéreur prévalut sur la forme de l'ensaisinement solennel; mais selon d'assez nombreuses coutumes du nord de la France, l'ensaisinement par la justice seigneuriale fut toujours nécessaire; on appelait ces dernières coutumes, coutumes de saisine et nantissement. (V. *Revue critique*, t. XXXVII, p. 91.)

Ici se représente la question que nous venons d'indiquer dans les lignes qui précèdent : l'ensaisinement était-il nécessaire quand un héritage roturier était acquis par voie de succession? Tout porte à croire que l'héritier devait se faire ensaisiner par le seigneur. Le coutumier du XIIIe siècle intitulé : *Livre de jostice et de plet*, dit expressément que l'héritier doit demander à se faire ensaisiner dans la cour du seigneur, et que si dans les quarante jours de la demande il ne s'est élevé aucune réclamation de quelque héritier plus proche l'ensaisinement est conféré (liv. XII, ch. 22, § 1, et liv. XVI, ch. 2, § 4). On lit dans J. Desmares qui composait ses décisions au XIVe siècle : *Mort sesit son hoir vif combien que particulièrement il y ait costume local ou il faut nécessairement sesine du seigneur* (*déc.* 234). Si dans certaines coutumes l'ensaisinement de l'héritier par le seigneur était toujours requis, on ne peut pas supposer que ce soit un usage qui se serait établi après coup et précisément à une époque où le droit féodal décroissait en rigueur; la seule supposition vraisemblable est celle-ci : originairement tout héritier devait se faire ensaisiner par le seigneur; mais quand l'ensaisinement par le seigneur commença à tomber en desuétude dans certaines localités aux cas de vente ou d'échange; quand la possession d'an et jour commença à y suppléer, dans ce temps sans doute on fit un pas de plus en avant, et l'on décida par la maxime : *Le mort saisit le vif son hoir*, que non-seulement l'ensaisinement par le seigneur n'était pas nécessaire à l'héritier, mais encore que la possession d'an et jour n'était pas nécessaire pour lui conférer la saisine. L'héritier succédait à la saisine comme il succédait à la propriété.

Tel était le caractère de la saisine héréditaire; c'était un droit de succession, à quoi? à la saisine. C'est s'égarer que d'en chercher l'origine dans le droit romain. Ces mots *le mort saisit* montrent qu'il faut faire entrer dans l'explication l'idée de saisine; mais quelle saisine? la saisine coutumière, car il n'en est pas d'autre.

Digitized by Google

Il est plus facile maintenant de poursuivre l'appréciation de la saisine héréditaire. La saisine coutumière ou possession légitime conférait des avantages indépendants de ceux de la propriété. Nous les avons fait connaître précédemment (*Revue critique*, t. XXXVII, p. 85 et suiv.). Elle se transmettait comme la propriété, quoique par des modes différents. La maxime : *Le mort saisit le vif son hoir*, signifiait donc que l'héritier légitime succédait à la saisine comme il succédait à la propriété. S'il trouvait dans le patrimoine de son auteur des choses dont celui-ci avait la propriété et la saisine, il succédait à la propriété et à la saisine; s'il y avait des choses dont le défunt avait la propriété sans la saisine, il succédait à la propriété seulement; enfin s'il y avait des choses dont le défunt eût la saisine sans la propriété, il succédait à la saisine et n'avait pas la propriété. La maxime en latin : *Saisina defuncti descendit in vivum* (*Grand coutumier*, liv. II) exprimait peut-être mieux à notre point de vue le caractère de la saisine héréditaire que la même maxime en français : *Le mort saisit le vif son hoir*.

La maxime : *Le mort saisit le vif* ainsi entendue avait deux objets; elle avait un sens vis-à-vis du seigneur et vis-à-vis des tiers : vis-à-vis du seigneur, elle signifiait que l'héritier n'était pas tenu de se faire ensaisiner; vis-à-vis des tiers, elle signifiait qu'il avait la saisine immédiatement de toutes choses dont son auteur pouvait se dire saisi. Aussi pouvait-il exercer la complainte aussitôt la mort de son auteur : « Et si momentanément et avant l'an et jour de saisine il se apparait aucuns opposant ou empêchant, icelui peut contre eux intenter ledit libelle et soi aider de saisine à cause de la saisine de son prédécesseur (*Grand coutumier*, liv. II, § 1).

Nous avons dit comment et pourquoi la maxime : *Le mort saisit le vif* n'était pas applicable à la succession aux fiefs : c'est que le principe coutumier eût ainsi ruiné le principe féodal. Mais par l'effet d'une réaction réciproque du droit féodal sur le droit coutumier et du droit coutumier sur le droit féodal, dont on trouve de nombreux exemples dans notre ancien droit, la maxime : *Le mort saisit le vif* était applicable en droit féodal vis-à-vis des tiers. En d'autres termes si l'héritier d'un fief n'était saisi vis-à-vis de son suzerain que par l'investiture qu'il en recevait après avoir prêté foi et hommage, vis-à-vis des tiers il était saisi à l'instant de la

Digitized by Google

mort de son auteur (Desmares, *Décisions* 235 et 236; *Coustumes notoires*, §§ 53, 54, 72, 124, 135; *Grand coutumier*, liv. II, ch. 31). Par conséquent vis-à-vis d'un tiers, l'héritier d'un fief pouvait, par exemple, exercer la complainte pour cause de saisine et nouvelleté avant d'avoir prêté foi et hommage.

Nous avons aussi signalé en passant, au commencement de cette étude, cette singularité apparente d'un principe de liberté naissant dans notre ancien droit du dédain du seigneur féodal pour les *gens de poeste* de son fief. Quand un vassal mourait, son héritier devait venir en foi du seigneur dans les quinze jours selon les Établissements de saint Louis (liv. II, 18), dans les quarante jours selon Beaumanoir (*Coutumes du Beauvoisis*, ch. VI, § 4; ch. XIV. §§ 16 et 17). Mais l'homme de *poeste*, le vilain, le roturier, même le serf n'était tenu à rien. *Et s'aucuns ne li empeche saisine, il n'est pas mestiers* (besoin) *qu'il en face demande; car il pot entrer en le coze dont droit ou coustume li donne la saisine sans parler au seigneur.* (Beaumanoir, *Coutumes de Beaumoisis*, ch. VI, 4) [1]. Ainsi le caractère primitif de la propriété féodale, en vertu de quoi les seuls vrais propriétaires en France étaient les possesseurs de fiefs, premiers suzerains, a commencé à s'altérer dans le droit coutumier, et ce ne serait pas trop dire que le *franchomme de poeste*, nous ne disons pas le serf, était plus pleinement propriétaire au XIIIe siècle que son seigneur immédiat, si celui-ci n'était seigneur que par suite d'une sous-inféodation originelle, s'il avait au-dessus de lui un suzerain.

Avec le temps la maxime : *Le mort saisit le vif son hoir* arriva à réfléchir sur le droit public français. Comme le roi ne tenait sa Couronne de personne, on admit que la succession à la Couronne s'opérait à l'instant de la mort du roi. La locution : Le roi ne meurt pas, et ce cri poussé à la mort du roi de France : Le roi est mort, vive le roi! ne sont que la translation de la langue du droit privé en la langue du droit public de la maxime : *Le mort saisit le vif son hoir.*

[1] Dans notre grand travail sur l'histoire du droit, une erreur typographique peut faire croire au lecteur que *en vilenage* l'héritier devait faire hommage à son seigneur dans les quarante jours. Ce serait une erreur. L'hommage n'était dû que de vassal à suzerain. L'erreur serait ici d'autant plus regrettable qu'elle rendrait difficile l'intelligence de la maxime : *Le mort saisit le vif.*

Digitized by Google

II.

Aux XIIIe et XIVe siècles donc la mutation de propriété des héritages vilains était soumise à de certaines conditions. Non-seulement une vente consentie ne transmettait pas la propriété de plein droit, mais la vente suivie de la tradition de l'héritage ne conférait pas un plein droit à l'acheteur. Si cet acheteur était propriétaire, son vendeur ne restait pas moins saisi. Pour que l'acheteur fût propriétaire de fait, il fallait une de ces deux choses : ou bien un ensaisinement du seigneur, ou bien la tradition faite par possession d'an et jour *à la veue et à la seue* de tout intéressé. Mais l'héritier légitime succédait à la saisine comme à la propriété, de plein droit. Voyons maintenant ce que devint cette doctrine dans les coutumes rédigées.

Pour comprendre la doctrine de la saisine héréditaire dans la seconde période de notre droit coutumier, il faut connaître la doctrine de la saisine coutumière dans la même période. Les deux doctrines se lient au XVIe siècle comme elles se liaient au XIIIe siècle. Or, au XVIe siècle, dans les coutumes rédigées et dans la jurisprudence née de ces coutumes, le caractère de la saisine coutumière est profondément modifié. D'abord l'ensaisinement solennel par le seigneur a disparu. Dans les coutumes simples on disait : Ne prend saisine qui ne veut (coutume de Paris, art. 82). Si l'on prenait saisine, c'est-à-dire si l'on faisait constater la translation de propriété au greffe de la justice, ce n'était que pour faire courir l'année du retrait féodal et du retrait lignager (Ferrière, *Coutume de Paris*, sur l'art. 82). Dans les coutumes où la translation de propriété n'est parfaite qu'à la condition pour l'acquéreur de s'être fait conférer la saisine, l'ensaisinement n'est plus une manifestation de la *directe* seigneuriale, de la propriété supérieure du seigneur, mais une mesure de publicité pour les tiers. La propriété a perdu son caractère de subordination féodale pour prendre le caractère de droit absolu qu'elle avait à Rome et qu'elle a dans notre droit moderne.

Au point de vue de la saisine coutumière, on distinguait en effet les simples coutumes qui étaient de beaucoup les plus nombreuses, et les coutumes dites de saisine et nantisse-

Digitized by Google

ment qui étaient celles d'une partie de la Champagne, de la Picardie, de l'Artois et de la Bretagne. Dans les simples coutumes, la doctrine de la saisine n'est plus guère que la doctrine de la possession et des actions possessoires, telle qu'on la trouve dans notre Code civil et dans notre Code de procédure. La simple tradition précédée d'une juste cause d'aliénation opère la translation de propriété, sans qu'il soit nécessaire pour l'acquéreur qu'un an et un jour se soient écoulés. Dans les coutumes de saisine et nantissement, la saisine et nantissement s'opère par la transcription de l'acte d'aliénation au greffe de la justice seigneuriale ou royale. (V. *Revue critique*, t. XXXVII, p. 90 et suiv.) Mais même dans ces coutumes l'ensaisinement, répétons-le, n'est plus qu'une mesure de publicité. S'il a persisté comme vestige de l'ancien droit féodal, il a changé en réalité de caractère et ne dit plus rien de ce qu'il disait originairement.

Que va devenir la saisine héréditaire dans un tel état de la doctrine de la saisine coutumière? L'article 318 de la coutume de Paris disposait : « Le mort saisit le vif, son hoir plus proche et habile à lui succéder. » Toutes les coutumes avaient une disposition semblable ou analogue, et même dans les pays de droit écrit, la jurisprudence avait partout admis le principe de la saisine héréditaire (Ferrière, *Coutume de Paris*, t. IV, p. 681). Mais il est évident qu'après la révolution qui s'était faite dans la doctrine de la saisine coutumière du XIIIe au XVIe siècle, la maxime : *Le mort saisit le vif* ne pouvait plus avoir la même signification. Au XIIIe siècle la maxime : *Le mort saisit le vif* signifiait que l'héritier n'était pas tenu de se faire ensaisiner par le seigneur quand il s'agissait de biens tenus en vilenage, de biens roturiers. Succédant à la saisine de son auteur comme à la propriété, l'héritier acquérait de plein droit les avantages de la saisine à la fois vis-à-vis du seigneur et vis-à-vis des tiers. Au XVIe siècle les seigneurs n'élevant plus aucunes prétentions effectives à la directe seigneuriale, que des jurisconsultes comme Dumoulin leur déniaient obstinément, ce n'était plus à leur égard que la saisine héréditaire pouvait avoir quelque valeur. Aussi n'était-ce plus contre eux qu'elle avait un sens. Elle n'était invoquée que dans les rapports privés que la mort de celui qui laissait un patrimoine pouvait faire naître.

Digitized by Google

Dans le droit des coutumes rédigées, la maxime : *Le mort saisit le vif* substituait fictivement l'héritier à tous les avantages que son auteur pouvait avoir comme possesseur. Pratiquement et comme conséquence de cette fiction, elle signifiait que l'héritier légitime n'avait à demander la délivrance des biens de l'hérédité à personne; que non-seulement il devenait de plein droit et par la seule force de la loi propriétaire, mais encore qu'il acquérait de plein droit tous les avantages que son auteur avait comme possesseur, sans qu'il lui fût besoin, à lui héritier, de faire aucun acte de possession. Il pouvait au lendemain même de la mort de son auteur exercer une action en complainte (Ferrière, *Coutume de Paris*, t. IV, p. 681), et la possession du défunt comptait à l'héritier pour compléter la possession annuelle, comme cela sera dit plus tard dans notre Code civil (art. 2235 et 2237). C'est en ce sens que Cujas interprétait la loi 19, D., *Ex quibus causis majores*, texte de Papinien. Que cette interprétation fut évidemment détournée, on peut le penser; le texte même de la loi : *Ex quibus causis* la repousse, et d'autres textes la contredisent positivement. Mais il ne faut pas moins la relever comme un témoignage du sens de notre maxime dès le temps de Cujas.

Ainsi entendue, la maxime: *Le mort saisit le vif* avait encore une portée considérable. Dans les principes du droit romain l'héritier ne succédait pas à la possession de son auteur; même après avoir fait adition d'hérédité, pour être possesseur il fallait qu'il eût fait sur la chose un acte d'appréhension effective (D., L. 23, *De acquirendâ vel amitt. poss.*, et L. 30, § 5. *ibid.*). En se transformant du XIIIe au XVIe siècle, la maxime : *Le mort saisit le vif* restait donc un principe éminemment français.

On retrouve quelque vestige de la saisine héréditaire primitive dans quelques coutumes de saisine et nantissement, notamment dans la coutume de Bretagne, où les principes féodaux avaient persisté avec plus de ténacité. Les articles 315 et 373 de cette coutume portent que le mort saisit le vif « en ligne directe tant seulement », mais que « en ligne collatérale la justice est saisie de la succession, il la faut prendre par sa main. » Ainsi l'héritier en ligne collatérale devait demander la délivrance de l'hérédité à qui? au juge, c'est-à-dire au re-

Digitized by Google

présentant de l'autorité féodale. La loi coutumière l'appelait à succéder, mais ne lui conférait pas par sa seule vertu la succession.

Le principe de la saisine héréditaire se combinait dans presque toutes les coutumes avec un autre principe formulé dans la maxime : *Institution d'héritier n'a lieu.* Dans les pays coutumiers, de très-rares coutumes comme la coutume du Berry (tit. 18, art. 7) admettaient que l'on pouvait faire des héritiers par testament comme en droit romain ; mais la plupart ne considéraient les héritiers institués que comme des légataires universels obligés de demander la délivrance aux héritiers du sang. Quelques-uns même allaient plus loin et considéraient la disposition d'une institution d'héritier comme nulle, non avenue, qui ne viciait cependant pas les autres dispositions du testament (coutume du Nivernais, ch. 3, art. 18; Vitry, art. 101; Meaux, art. 28; Senlis, etc.). Il résultait donc du droit commun des pays coutumiers que si un testateur pouvait enlever à son héritier la propriété des choses dépendant de son patrimoine, sauf le droit que ceux-ci pouvaient avoir soit comme légitimaires, soit comme réservataires sur une portion des propres, il ne pouvait pas leur enlever la saisine. Pratiquement, la maxime : *Institution d'héritier n'a lieu* ne signifiait pas, en effet, autre chose. Cela est important à noter encore aujourd'hui pour la parfaite intelligence des articles 1004 et 1005 de notre Code, qui accordent au légataire universel la saisine quand il n'y a pas d'héritier à réserve et la lui refusent quand il y en a.

Ainsi, il n'y avait de saisine héréditaire dans presque toutes les coutumes qu'au profit des héritiers légitimes ou *ab intestat.* Le testament ne faisait que des légataires, ce que l'adage de l'ancien droit exprimait par ces mots : « A la loi seule il appartient de faire des héritiers, » ou bien : « Institution d'héritier n'a lieu. » L'héritier seul étant saisi, tout légataire même universel devait lui demander la délivrance des biens de l'hérédité. Tel était le droit commun.

Cependant la nécessité fit admettre de très-bonne heure un usage qui permît aux testateurs de tourner ce principe coutumier trop absolu : Institution d'héritier n'a lieu. L'exécution des testaments rencontrait souvent des difficultés suscitées par les héritiers légitimes qui s'estimaient frustrés de

Digitized by Google

leurs droits. Au XIIIe siècle on admit qu'un testateur pouvait nommer par testament un exécuteur testamentaire, et que l'exécuteur testamentaire avait la saisine de tout ce que le testateur pouvait laisser par testament, c'est-à-dire des meubles, des conquêts immeubles et du quint des héritages propres (Beaumanoir, *Coutume du Beauvoisis*, ch. XII, 2). Dans les pays de droit écrit où l'on pouvait instituer un héritier, la nomination d'un exécuteur testamentaire était sans objet; aussi y fut-elle toujours très-rare. Dans les coutumes rédigées, il y avait des règles différentes sur la saisine des exécuteurs testamentaires : la coutume de Paris n'accordait à l'exécuteur testamentaire que la saisine des meubles (art. 297); la coutume de Sens y ajoutait la saisine des conquêts (art. 71). D'autres coutumes donnaient à l'exécuteur testamentaire des moyens divers de vaincre la résistance des héritiers, sans toutefois lui donner la saisine (coutume de Nevers, ch. III, art. 2; V. Ricard, *des Donations*, part. I, ch. 2).

L'explication historique que nous venons de donner de la saisine héréditaire doit jeter, si nous ne nous trompons, quelque jour sur le véritable sens de l'article 724 de notre Code civil, généralement assez mal compris et auquel les premiers commentateurs du Code n'ont rien entendu. On dit bien aujourd'hui que la saisine héréditaire est la transmission de la possession du défunt à l'héritier. Mais il y a là une parcelle de vérité et beaucoup d'erreur : la possession est un fait; or un fait est ou n'est pas, mais on ne comprendra jamais qu'il se transmette. La loi le dirait en vain.

Quand la saisine conférait un droit provisoirement distinct de la propriété; quand deux personnes pouvaient avoir l'une la saisine, l'autre la propriété; quand la propriété était un titre et la saisine un autre titre, qui ne cédait que devant le titre de propriété, on comprend que l'un et l'autre titre pussent se transmettre séparément, sauf que la situation se réglât plus tard définitivement. Mais si l'on ne se fait pas de la saisine une autre idée que de la possession, l'article 724 est absolument absurde, inexplicable, surtout si l'on veut l'entendre en ce sens que la possession se transmet du défunt à son héritier.

Quel est donc le sens véritable de cet article 724? Celui-ci : l'héritier succède à tous les avantages que son auteur avait

Digitized by Google

comme possesseur, de la même manière qu'il succède à la propriété de toutes les choses comprises dans son patrimoine. L'article 724 n'est ainsi autre chose que ce que l'on appelle une fiction de la loi, de même nature que celle qui établit la représentation. Il feint que l'héritier est possesseur quoiqu'il ne le soit pas; il lui attribue tous les avantages de la possession de son auteur. Quant au légataire universel, il faut distinguer : la fiction de la loi lui est applicable s'il n'y a pas d'héritier à réserve; elle ne l'est pas s'il y en a (art. 1004 et 1006). Les articles 1004 et 1006 sont une transaction entre le principe coutumier et le principe romain, comme il y en a tant dans le Code.

Comment la saisine du XIIIe siècle est-elle devenue possession au XVIe siècle? Comment la succession à la saisine coutumière qui était une réalité est-elle devenue une succession aux avantages de la possession du défunt, ce qui ne peut être qu'une fiction? On l'a vu dans cette étude si nous avons su nous faire suffisamment comprendre.

H. THIERCELIN.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

1276 — Paris. — Imprimerie Cusset et Ce, 26, rue Racine.

Digitized by Google

TABLE PAR ORDRE DES MATIÈRES.

JURISPRUDENCE

CIVILE ET CRIMINELLE.

Pages.

De la promulgation des lois suivant le décret du 5 novembre 1870, par *M. G. Demante*. 129
De la diffamation dans les délibérations des conseils municipaux, par *M. Burin des Roziers*. 193
Du réméré exercé par un cessionnaire, par *M. Labbé*. 497
De la compensation par voie de déduction, par *M. L. Thézard*. . . . 561
De la durée de la contrainte par corps (amendes, décimes d'enregistrement), par *M. Naquet*. 737

JURISPRUDENCE

ADMINISTRATIVE ET COMMERCIALE.

Examen critique de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'enregistrement, par *M. Serrigny*. 6, 65
Des assurances sur la vie au point de vue fiscal, par *M. P. Deloyne*. 84, 220
De la délimitation du domaine public, par *M. E. Reverchon*. 275
De la délimitation du domaine public. Réponse à l'article de M. Reverchon, par *M. E. Laferrière*. 353
Effets de l'abandon du navire et du fret (art. 216 C. com.), par *M. Gonse*. 417
De la réparation des dommages causés par les invasions de 1814 et de 1815, par *M. Paul Collet*. 447
Des baux de portions de rivages de la mer, par *M. Serrigny*. 641

LÉGISLATION

CIVILE ET CRIMINELLE.

De la succession en ligne directe et du droit de tester, par *M. Ancelot* 287
De la surveillance légale des condamnés, par *M. S. Migneret*. . . . 362
Examen du projet de loi présenté à l'Assemblée nationale sur la réforme des articles 331 et 335 du Code civil, par *M. H. Duvergey*. 433
Examen du projet de loi présenté à l'Assemblée nationale sur les droits de succession de l'époux survivant, par *M. Duvergey* 515
Du morcellement de la propriété et des moyens juridiques d'y remédier, par *M. de la Gorce*. 652
Du serment judiciaire, par *M. Migneret*. 668

Digitized by Google

LÉGISLATION

ADMINISTRATIVE ET COMMERCIALE.

Pages.
Projet d'impôt sur les tissus, par *M. Nyst*. 35
Des règlements d'administration publique et de l'intervention du Conseil d'État dans la rédaction de ces règlements, par *M. Aucoc*. . 57
Examen critique de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, par *M. de la Gorce*. 102
Les remèdes secrets dans notre législation ancienne et moderne, par *M. Duvergey*. 622

HISTOIRE ET PHILOSOPHIE DU DROIT.

La parole et la forme dans l'ancienne procédure franç., par *H. Brunner*; repr. en français par *M. Hecquet de Roquemont*. 22, 158, 230, 470, 536
Des modes de transmission de la propriété, par *M. Thézard*. 683
De la saisine héréditaire dans l'ancien droit français, par *M. Thiercelin*. 779

ORGANISATION JUDICIAIRE

ET ADMINISTRATIVE. — ENSEIGNEMENT.

Observations sur l'organisation judiciaire en France, par *M. Seligman*. 134
De la réforme des conseils de préfecture, par *M. Louis Milcent*. . . . 301
De l'enseignement du droit, par *M. Naquet*. 388
Rapport présenté à la Commission des études de droit, par *M. Accarias*. 577
Questions se rattachant à la réorganisation judiciaire, par *M. Robinet de Cléry*. 749

LÉGISLATION ÉTRANGÈRE.

L'*Archivio giuridico* de Bologne, pendant ses trois premières années; compte rendu par *M Ernest Dubois*. 43
Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle, en droit français et étranger, par *M. Paul Baret*. 209
Premier congrès juridique italien, par *M. Ernest Dubois*. 332
Bibliographie juridique italienne, par *M. Ernest Dubois*. 724
Le jury en Italie et la formation des listes, par *M. Ernest Dubois*. . . 758

BIBLIOGRAPHIE.

Traité des eaux de source et des eaux thermales, par *M. H. Nadault de Buffon*; compte rendu par *M. Gabriel Debacq*. 120
Juris romani antiqui vestigia, fragmenta, monumenta ad usum scholarum, collegit, notis instruxit *Car. Giraud*; compte rendu par *M. G. Boissonade*. 128, 256
Précis de droit romain, par *M. C. Accarias*; compte rendu par *M. Lyon-Caen*. 185, 264
Conférences sur l'administration et le droit administratif, par *M. Aucoc*. 271

Digitized by Google

Pages.

États-Généraux (1355-1614), par *M. Arthur Desjardins;* compte rendu par *M. Gabriel Debacq*. 340
De l'autorité de la chose jugée, par *M. Ernest Hirtz;* compte rendu par *M. Léonce de Resbecq*. 350
La doctrine secrète des templiers, par *M. J. Loiseleur;* compte rendu par *M. Gabriel Debacq*. 411
Explication sur la loi du 23 août 1871 sur l'enregistrement et le timbre, par *M. G. Demante;* compte rendu par *M. Lyon-Caen*. 484
De la condition juridique de l'époux survivant, par *M. André Morillot;* compte rendu par *M. Corentin Guyho*. 487
De la procédure civile et des actions chez les Romains, par *de Keller;* compte rendu par *M. Renault*. 494
De la durée persistante de l'ensemble du droit civil français, par *M. Valette*, compte rendu par *M. C. Accarias*. 636
Nouvelle étude sur le cadastre et les abornements généraux, par *M. A. Bretagne;* compte rendu par *M. Paul Cauwès*. 713
Traité de la responsabilité, par *M. Sourdat*. — Commentaire de la loi du 28 juillet 1867, par *M. Bédarride*. — La mer et la navigation maritime, par *M. Alfred Plocque*. — Principes du droit public, par *M. Tissot;* compte rendu par *M. Gabriel Debacq*. 718

NÉCROLOGIE.

Notice nécrologique, par *M. Accarias*. 54
Édouard Delpech, notice par *M. Gabriel Debacq*. 174

Digitized by Google

TABLE PAR NOMS D'AUTEURS.

MM.		Pages.
ACCARIAS.	Notice nécrologique.	54
—	Rapport présenté à la Commission des études de droit.	577
—	De la durée persistante de l'ensemble du droit civil français, par *M. Valette*. . . .	636
ANCELOT.	De la succession en ligne directe et du droit de tester.	287
AUCOC.	Des règlements d'administration publique et de l'intervention du Conseil d'État dans la rédaction de ces règlements	76
BARET.	Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle.	209
BOISSONADE.	*Juris romani antiqui vestigia*, par M. *Giraud*.	185, 254
BURIN DES ROZIERS. . . .	De la diffamation dans les délibérations des conseils municipaux.	193
COLLET.	Dommages provenant d'invasions.	447
CAUWÈS	Nouvelle étude sur le cadastre et les abornements généraux, par *M. A. Bretagne*. . .	713
DEBACQ.	Traité des eaux de source et des eaux thermales, par *M. H. Nadault de Buffon*. . . .	120
—	Organisation judiciaire en Espagne.	145
—	États-Généraux, par *M. Arthur Desjardins*.	340
—	La doctrine secrète des templiers, par *M. Loiseleur*.	411
—	Traité de la responsabilité, par *M. Sourdat*.	718
—	Commentaire de la loi du 28 juillet 1867, par *M. Bédarride*.	720
—	La mer et la navigation maritime, par *M. Alfred Plocque*.	721
—	Principes du droit public, par *M. Tissot*. . .	722
DE LA GORCE.	Examen critique de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés.	102
—	Du morcellement de la propriété et des moyens juridiques d'y remédier.	652
DELOYNES.	Des assurances sur la vie au point de vue fiscal.	84, 220
DEMANTE.	De la promulgation des lois suivant le décret du 5 novembre 1870.	129
—	Notice sur Édouard Delpech.	174
DE RESBECQ.	De l'autorité de la chose jugée, par *M. Hirtz*.	350
DUBOIS.	L'*Archivio giuridico* de Bologne.	43
—	Premier congrès juridique italien.	332

Digitized by Google

MM. Pages.

DUBOIS. . . . . Bibliographie juridique italienne. 724
— Le jury en Italie et la formation des listes. 758
DUVERGEY. . . . . Examen du projet de loi présenté à l'Assemblée nationale sur la réforme des art. 331 et 335 du Code civil. 433
— Examen du projet de loi présenté à l'Assemblée nationale sur les droits de succession de l'époux survivant. 516
— Des remèdes secrets dans notre législation ancienne et moderne. 622
GONSE. . . . . Effets de l'abandon du navire et du frét (art. 216 C. com.). 417
GUYHO. . . . . De la condition juridique de l'époux survivant, par *M. Morillot*. 487
HECQUET DE ROQUEMONT. La parole et la forme dans l'anc. procédure franç., par *M. H. Brunner*. 22, 158, 230 470 536
LABBÉ. . . . . Du réméré exercé par un cessionnaire.. . . 497
LAFERRIÈRE. . . . . Conférences sur l'administration et le droit administratif, par *M. Aucoc*. 271
— De la délimitation du domaine public. Réponse à M. Reverchon. 353
LYON-CAEN. . . . . Précis de droit romain, par *M. C. Accarias*. 185, 257
— Explication de la loi du 23 août 1871 sur l'enregistrement et le timbre, par *M. Demante*. 584
MIGNERET. . . . . De la surveillance légale des condamnés. . 363
— Du serment judiciaire. 668
MILCENT. . . . . De la réforme des conseils de préfecture. . . 301
NAQUET. . . . . De l'enseignement du droit. 388
— De la durée de la contrainte par corps (amendes, décimes d'enregistrement). . . 737
NYST. . . . . Projet d'impôt sur les tissus. 35
RENAULT. . . . . De la procédure civile et des actions chez les Romains, par *de Keller*. 491
REVERCHON. . . . . De la délimitation du domaine public. . . . 275
ROBINET DE CLÉRY. . . . Questions se rattachant à la réorganisation judiciaire. 749
SELIGMAN. . . . . Observations sur l'organisation judiciaire en France. 134
SERRIGNY. . . . . Examen critique de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'enregistrement. 6, 65
— Des baux de portions de rivages de la mer. . 641
THÉZARD. . . . . De la compensation par voie de déduction. 561
— Des modes de transmission de la propriété. 683
THIERCELIN. . . . . De la saisine héréditaire dans l'ancien droit français. 779

1876 — Paris. — Imprimerie CUSSET et Cᵉ, 26, rue Racine.

Bayerische Staatsbibliothek München

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ANNUAIRE

DE

LÉGISLATION ÉTRANGÈRE

PUBLIÉ PAR LA

SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE

CONTENANT LA TRADUCTION DES

PRINCIPALES LOIS VOTÉES DANS LES PAYS ÉTRANGERS

PREMIÈRE ANNÉE — 1872

Un volume grand in-8°. — Prix : 10 francs

Documents législatifs concernant la Grande-Bretagne, les États-Unis, la Confédération de l'Allemagne du Nord, l'Empire d'Allemagne, la Prusse, l'Autriche, l'Italie, l'Espagne, la Belgique, les Pays-Bas, la Suède et la Norwége, la Suisse, l'Alsace-Lorraine.

LOIS ADMINISTRATIVES

FRANÇAISES

RECUEIL MÉTHODIQUE CONTENANT

1° LES LOIS, DÉCRETS ET RÈGLEMENTS

2° LES DISPOSITIONS QUI ONT PRÉCÉDÉ LA LÉGISLATION EN VIGUEUR

PAR MM.

VUATRIN
Professeur de droit public et administratif
à la Faculté de droit de Paris

A. BATBIE
Député à l'Assemblée nationale
Professeur à la Faculté de droit de Paris

Un fort volume in-8°. — Prix : 12 francs.

1349 — Paris. — Imprimerie Cusset et C°, 26, rue Racine.

Digitized by Google